

UNIVERSITA' DI PISA

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza

Il fermo di indiziato di delitto.

RELATORE

Prof. Enrico Marzaduri

CONTRORELATORE

Prof. Luca Bresciani

CANDIDATO

Rosa Maria Pepe

Anno Accademico 2014/2015

Alla mia famiglia

INDICE

Introduzione	5
---------------------	---

Capitolo I – La libertà personale

1.1 Profili storici: dall'Habeus Corpus al principio della libertà personale.....	7
1.2 L'esperienza italiana. Dallo Statuto Albertino al fascismo....	13
1.3 La Costituzione.....	19
1.4 Il sistema inquisitorio, accusatorio e misto.....	27
1.5 Lo sviluppo del codice di procedura penale: La prima legge delega.....	38
1.5.1 La c.d. legge Reale.....	43
1.5.2 Il progetto preliminare.....	45
1.5.3 La seconda legge delega.....	57
1.5.4 Il codice del 1989.....	60

Capitolo II – Il fermo di indiziato di delitto o processuale

2.1 Natura e collocazione del fermo.....	62
2.2 Le indagini preliminari e la natura del reato.....	64
2.3 I presupposti per l'adozione del fermo: la questione della flagranza.....	78
2.3.1 Il pericolo di fuga.....	81
2.3.2 La gravità degli indizi.....	86
2.3.3 Le ipotesi delittuose.....	91
2.3.4 Criteri per la determinazione della pena.....	95
2.4 I soggetti legittimati all'adozione: il p.m.....	97

2.4.1 La polizia giudiziaria.....	104
2.5 Divieti e ritardi nell'adozione del fermo.....	109

Capitolo III – La fase successiva all' *adphensio*

3.1 I doveri della polizia giudiziaria.....	114
3.2 Il difensore e i diritti del fermato.....	129
3.3 L'interrogatorio.....	138
3.4 I casi di immediata liberazione del fermato.....	145

Capitolo IV – Il procedimento di convalida

4.1 La richiesta di convalida.....	152
4.2 Il giudice competente e la fissazione dell'udienza.....	160
4.3 L'udienza di convalida: aspetti definitivi.....	172
4.3.1 La pubblica accusa.....	176
4.3.2 Il soggetto <i>in vinculis</i> e la difesa.....	179
4.4. L'interrogatorio in udienza.....	183
4.5 L'ordinanza di convalida.....	202
4.6 Le impugnazioni.....	210

Conclusioni	216
--------------------	-----

Bibliografia	218
---------------------	-----

Sitografia	223
-------------------	-----

Giurisprudenza	224
-----------------------	-----

INTRODUZIONE

La volontà di approfondire lo studio sulle misure precautelari, nello specifico sul fermo di indiziato di delitto, nasce dalla presa di coscienza della facilità con cui nella prassi trova difficilmente risposta l'intento legislativo di un giusto bilanciamento tra tutela dell'interesse pubblico e tutela della libertà personale. Il diritto alla libertà personale, proclamato dalla nostra Carta costituzionale all'art. 13, ha come suo limite naturale la tutela della collettività, il c.d. diritto alla sicurezza, che legittimerebbe l'immediato intervento dell' autorità giudiziaria. Tale staffetta politico-giuridica, in cui alle volte si ha riguardo alla tutela del singolo, altre al diritto di sicurezza dei consociati e alle esigenze investigative, e che giustificano la restrizione delle libertà individuali, si è riflessa nei codici e nelle leggi che dall'inizio del secolo scorso fino ai giorni nostri hanno caratterizzato la normativa penale. Il legislatore è comunque riuscito a dissipare l'ombra della degradazione giuridica dall'attuale disciplina del fermo recependo il dettato costituzionale nella parte in cui: pone dei limiti alla libera iniziativa della polizia giudiziaria, specifica il ruolo e compiti del pubblico ministero, amplia le garanzie poste a tutela del fermato, prevede un controllo giurisdizionale sulla legittimità del fermo attraverso lo strumento della convalida e del ricorso per cassazione.

La ricerca è stata condotta seguendo una linea temporale che, partendo dallo ieri esamina i principi e gli istituti remoti considerati i progenitori del sistema vigente, approda all'oggi,

alla disciplina e alla giurisprudenza costituzionale, senza tralasciare l'analisi della normativa che ha portato alla nascita dell'istituto del fermo così come lo conosciamo. Nello sviluppo del lavoro rimane comunque fermo l'obiettivo primario di tale approfondimento: l'analisi del concetto di libertà personale e l'individuazione dei margini consentiti per la sua limitazione.

CAPITOLO I

LA LIBERTA' PERSONALE

1.1 Profili storici: dall'Habeus Corpus al principio della libertà personale.

Il principio inviolabile della libertà personale trova origine in un istituto della giurisdizione medievale, l'Habeus Corpus¹ (la cui traduzione dal latino corrisponde alla locuzione “Che tu abbia il corpo!”), che si distacca completamente dal senso che oggi viene comunemente attribuito al lemma libertà. Infatti, l'Habeas Corpus designava l'ordine del Sovrano col quale, dietro richiesta dell'interessato in vinculis, si comandava al custode dell'arrestato di condurlo al proprio cospetto per essere giudicato. Vediamo come non si tratti di una regola garantistica nei confronti dell'individuo ma piuttosto di una norma atta a riconfermare, quale monito, il potere di controllo/coercizione della Corona sulle azioni dei singoli e delle corti.

Un primo passo verso una definizione contemporanea di libertà, anche se intesa esclusivamente come libertà dalle ingerenze fisiche altrui nella piena disponibilità del proprio corpo, venne compiuto il 15 giugno del 1215 in Inghilterra, quando nella Magna Charta Libertatum si stabilì all'art.39 che “Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né useremo la forza nei suoi

¹ In generale per trarre nozioni sull'istituto è stato ampiamente consultato R.G. Musso, voce *Habeas Corpus*, in *Dig. Disc. Pen.* Vol. VI, Utet, Torino, 1992, p. 58 ss.

confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno”².

Nonostante il carattere precario del documento che fu emanato dal Re Giovanni Senzaterra e dopo poco più di tre mesi annullato da una bolla papale di Innocenzo III, il “privilegio”³ affermato all'art. 39 ebbe comunque il tempo di divenire nella coscienza collettiva anglosassone il baluardo della libertà personale contro ogni abuso perseguito dall'autorità statale.

Le successive affermazioni sono contenute in documenti del XVII secolo. Col primo, la Petition of Rights del 1628, al quale fu negato valore di legge, i sudditi inglesi, per far fronte alle numerose angherie perpetrate dal sovrano, richiesero la formalizzazione di alcune garanzie tra le quali: la richiesta di non imprigionare alcun cittadino senza il precedente svolgimento di un regolare processo. Ancora, nel 1679 il Parlamento, per porre fine allo strapotere regio e riequilibrare il rapporto con la Corona, approvò l'Habeas Corpus Act, che sanciva il diritto di ogni arrestato ad ottenere copia del mandato di arresto e, soprattutto, per porre un freno ai ritardi nell'esecuzione dell'Habeas Corpus da parte di sceriffi, carcerieri o funzionari regi, prescriveva per legge che “entro tre giorni dalla consegna del rescritto nel modo

² Traduzione latina in Massimo Brizzi, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Giuffrè Editore, 2012, p. 4.

³ Nell'epoca medievale appare scorretto parlare di diritti di libertà, mentre più consono appare il termine “privilegi”, la nascita di questi ultimi è favorita da un sistema incapace di concentrare in sé ogni decisione politica. Illuminanti appaiono il tal senso le parole di Guido De Ruggero che in *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari, 2003, scrive “Qui essa ci appare come frazionata e quasi sparpagliata in una miriade di libertà particolari, ciascuna delle quali è chiusa in un involucri, che la cela ma insieme la protegge: come tale, noi la conosciamo sotto il nome di privilegio. Dove la forza dello Stato è ridotta a una mera parvenza, la libertà non può che sussistere a questo titolo”.

indicato si deve dare esecuzione a tale rescritto, e portare o far portare il corpo della parte così incarcerata o detenuta davanti al Lord Cancelliere o al Lord Guardasigilli d'Inghilterra allora in carica, oppure davanti ai giudici o baroni del tribunale che avrà emanato il detto rescritto; e allora il funzionario deve ugualmente specificare le ragioni della detenzione o carcerazione”⁴.

Viene qui normativamente regolamentato per la prima volta un iter processuale a garanzia del carcerato, dettando non solo un limite temporale entro il quale lo stesso deve esser portato innanzi all'autorità competente al giudizio, avente ad oggetto la commissione del reato, ma soprattutto prevedendo la competenza di detto organo ad effettuare un immediato giudizio sulla legittimità della misura carceraria inflitta. Si include inoltre la possibilità di annullare la misura rimettendo il soggetto in libertà dietro pagamento di una cauzione. Interviene a rafforzare la disciplina la previsione di una sanzione per i contravventori: “E sia inoltre sancito per legge che se qualche funzionario o suo dipendente o vice-custode o sostituto trascurerà di eseguire gli adempimenti predetti, tutti e ciascuno, il comandante, i carcerieri o i custodi di tale prigione dovranno versare al prigioniero o alla parte danneggiata la somma di 100 sterline; e per questo fatto saranno e sono resi incapaci di coprire ed esercitare il predetto ufficio”⁵.

In ultimo, nel 1689, il Bill of Rights non solo cristallizza quanto precedentemente stabilito, ma allarga il ventaglio di garanzie che circondano l'Habeas Corpus inserendo tre principi: il divieto del

⁴ Da *Habeas Corpus Act*, in R. Romeo-G. Talamo, *Documenti storici*, Loescher, Torino, 1966.

⁵ *Ibidem*

ne bis in idem, ovvero il divieto di nuova carcerazione per lo stesso reato; il divieto di espulsione dal Regno del cittadino Inglese sottoposto a misura carceraria; l'obbligo di commisurazione di una ragionevole cauzione.

Nell'Europa continentale è con la diffusione delle idee Illuministe (1700) che inizia a intravedersi la volontà di mutare l'idea di società e di politica. I nuovi pensatori individuano a fondamento dello Stato un patto/contratto stipulato dai cittadini per finalità di benessere e di continua ricerca della felicità, e recepiscono le autorità politiche come soggetti il cui scopo unico e fondamentale debba ricercarsi nella tutela dei diritti naturali e inalienabili dell'uomo. Tra le proposte, per lo più teoriche, offerte dai regnanti europei troviamo la riorganizzazione dell'ordinamento statale attraverso la centralizzazione della burocrazia, l'eliminazione di particolarismi e l'abolizione dei privilegi concessi alla classe clericale e alla nobiltà e, per quel che riguarda questa trattazione, l'adozione di procedure penali razionali che mettono in discussione regole processuali fino ad allora utilizzate: il principio che “nel dubbio si assicurano i giudici del reo”⁶, la prassi della carcerazione *ante iudicatum* e l'eccezione del mantenimento della libertà da parte dell'imputato durante il processo.

Particolarmente seguite sono le opposizioni che a tale sistema vengono avanzate dal filosofo teorico illuminista Cesare Beccaria nel suo famoso opuscolo 'Dei delitti e delle pene' pubblicato nel 1764, “in quelle gradevoli pagine la macchina

⁶ Pagano, *Logica dè probabili applicata a' giudizi criminali*, XVII, in *Opere varie di F. M. Pagano*, V, Milano, 1806, p.81 in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p.4 .

della giustizia è collocata impietosamente davanti ad uno specchio, perché finalmente e da sé stessa individui la propria vera essenza: quella d'un pachiderma antidiluviano capitato tra le vetrine di cristalli”⁷.

L'autore pur trovando necessaria la previsione di istituti che prevedano in casi particolari e definiti la possibilità di tradurre in carcere l'imputato, si riservava di affermare che “la privazione della libertà essendo una pena, [...] non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede”⁸ e precisa, anticipando un concetto fondamentale espresso dalla odierna Costituzione, che “questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa”⁹.

Qualche anno dopo le teorie dei filosofi illuministi danno vita alla corrente c.d. 'costituzionalismo', questa riceve un particolare riscontro pratico in Francia dove, già spirando tra i ceti più poveri un vento di cambiamento, si focalizza l'attenzione sulle idee di sovvertimento dell' Ancien Régime. Il vento di rivolta trova il proprio apice nella Rivoluzione Francese, che funge da preambolo e forza ispiratrice del primo documento ufficiale in cui il popolo rivendica a gran voce i “diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo”¹⁰ affermando la supremazia della volontà

⁷ E. Spagnesi, *Percorsi storici del diritto in Italia. II L'età moderna*, Edizioni Il Campano, Pisa, 2010, p. 238.

⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* a cura di F. Venturi, Torino, 1965, XXIX, p.70, in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p.4.

⁹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* a cura di F. Venturi, Torino, 1965, XXIX, p.70 in *Ibidem*.

¹⁰ La Dichiarazione dei diritti dell'uomo si apre con l'inciso “I Rappresentanti del Popolo Francese, costituiti in Assemblea Nazionale, considerando che l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi, hanno stabilito di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo, affinché questa

popolare sulla classe chiamata a dirigere lo Stato.

Viene quindi emanata il 26 agosto 1789 la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, il cui art. 1 articoli stabilisce il principio di uguaglianza tra i cittadini mentre nei successivi 16 artt. vengono elencati i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo alla cui osservanza e tutela devono ispirarsi le attività di buon governo. Particolare attenzione merita la proclamazione della libertà come diritto fondamentale e la tutela di tutti gli ambiti in cui questa può palesarsi, tra cui annoveriamo la tutela alla libertà personale intesa come difesa dalle restrizioni arbitrarie e ingiustificate. Infatti, proclama l'art. 7 “Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte. Quelli che procurano, spediscono, eseguono o fanno eseguire degli ordini arbitrari, devono essere puniti; ma ogni cittadino citato o tratto in arresto, in virtù della legge, deve obbedire immediatamente; opponendo resistenza si rende colpevole”¹¹.

dichiarazione, costantemente presente a tutti i membri del corpo sociale, rammenti loro incessantemente i loro diritti e i loro doveri” da *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, in A. Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia moderna*, Einaudi, Torino, 1952.

¹¹ *Ibidem*.

1.2 L'esperienza italiana. Dallo Statuto Albertino al fascismo.

Dalle disposizioni della Dichiarazione del 1789, che vennero poi recepite nel 1791 nella prima Costituzione Francese e progressivamente in tutte le carte fondamentali dei maggiori paesi europei, trae fondamento anche l'esperienza italiana.

E' il 4 marzo 1848 quando viene emanato da Carlo Alberto di Savoia lo Statuto Albertino, costituzione del vecchio Regno di Sardegna, il cui destino è quello di divenire la prima carta del Regno Unito d'Italia, detta la Costituzione *ottriata* in quanto nasce dall'esigenza monarchica di limitare la propria sfera di potere e autonomia stipulando un patto con i gruppi dirigenti liberali rappresentanti della classe borghese.

Bisogna sottolineare come nonostante le fonti d'ispirazione per la redazione degli articoli dello Statuto fossero i principi introdotti dalla cultura illuminista, non si verificò nella carta italiana un radicale rinnovamento. Si intuisce come lo Statuto non sia altro che una semplice elencazione di libertà che vengono concesse ai cittadini, ai quali viene contestualmente fatto presente che le autorità si riservano il potere di restringere tali spazi senza però limitare e sanzionare, in funzione garantista, l'eventuale arbitrarietà dell'azione autoritaria. La tutela apprestata formalmente dall'art. 26 dello Statuto, cito “la libertà individuale è guarentita. Niuno può essere tradotto in giudizio se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive”, non trovava un pieno riscontro pratico nel codice penale del 1865 che, nonostante prevedesse “una restrizione dell'area di cattura

obbligatoria ed un correlativo ampliamento dell'ambito in cui era consentito o imposto il mandato di comparizione”¹² e istituiva il procedimento di convalida, non risultava pienamente e facilmente applicabile.

Infatti sotto un profilo squisitamente soggettivo troviamo l'inapplicabilità delle norme suddette per gli imputati che potevano farsi rientrare nelle 'categorie' degli oziosi, vagabondi, mendicanti, escludendovi quindi la pleora della società più disagiata e più bisognosa di tutele. Sotto l'aspetto formale invece, lasciando la decisione “all'arbitrio del giudice istruttore [di] rilasciare o non rilasciare mandato di cattura contro ognuno che sia imputato di un reato il quale importi qualunque pena purché superiore a tre mesi”¹³, e non prevedendo alcuna misura a garanzia della effettiva liberazione dell'imputato la cui misura non fosse stata convalidata dal Giudice, sottolineava l'intollerabilità e l'odiosità dei limiti del neonato istituto.

Merita una nota, visto l'argomento che nello specifico affronteremo nel susseguo della trattazione, la legge di Pubblica Sicurezza del 13 novembre 1859 nella quale sotto il titolo “De viandanti” viene indicato l'istituto del fermo di polizia. Questa misura fu introdotta a ridosso dello scoppio delle sommosse civili che portarono all'unificazione del Regno, ed era rivolta per l'appunto ai viandanti, a coloro che spostandosi dal proprio circondario per motivi che potevano essere dei più vari, venivano considerati solo per tale movimento *sospetti* ed erano costretti a

¹² V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p.7.

¹³ Borsani e Casorati, *Codice di procedura penale italiano*, II , Milano, p.463 in *ivi*.

dar contezza¹⁴ di sé per evitare di esser accompagnati dinanzi alla pubblica autorità e, muniti del foglio di via, obbligati a rimpatriare oppure tradotti a casa con la forza.

Nel 1865, dopo l'unificazione nazionale, con le famose leggi di c.d. 'unificazione amministrativa', nessuna modifica fu apportata alla normativa “Dei viandanti”¹⁵, contenuta nella citata legge di P.S.. Certa dottrina criticò, sotto il profilo della incostituzionalità, tale riconferma legislativa, ad esempio Trono si domanda “Non è esso un grave attentato alla libertà personale del cittadino fermarlo ad ogni passo e domandargli chi sia?”¹⁶. Senza contare che l'istituto si prestò da subito al compimento di vessazioni, alcune tra le più tetre testimonianze dell'uso malevolo che la forza pubblica faceva del fermo le troviamo nelle pagine di un libricino intitolato “Ricordi di questura” pubblicato a Milano nel 1882 da Federico Giorgio questore a riposo. Dalle pagine di questo scritto emerge uno scenario raccapricciante, la miseria del popolo, in cui il regio potere si scaglia contro attori passivi, inermi, contro “Onesti operai privi di famiglia [che] per non trar dal delitto i mezzi per soddisfare la pigione dell'affitto–letti,

¹⁴ Per dare contezza e rendersi riconoscibili, i fermati dovevano o esibire il “cosiddetto passaporto per l'interno che era l'antenato della nostra carta d'identità; era anch'esso rilasciato dal sindaco” oppure potevano avvalersi della “testimonianza di persona dabbene responsabile; la testimonianza di persona qualunque [...] non era ritenuta rilevante”, poi si poteva esibire “un porto d'armi” o un “permesso di caccia o di un libretto operaio oppure qualsiasi altro documento che giustificasse abbastanza l'identità della persona” da *Libertà personale e il progetto di legge governativo sul fermo di polizia*, p.22 e 23.

¹⁵ “[...] le modifiche introdotte consistettero in questo: che i vari mezzi con i quali si poteva contezza di sé furono messi sullo stesso piano; non più , prima di tutto, il passaporto o la testimonianza di persona dabbene [...] ma tutto sullo stesso piano. Si poteva dare contezza di sé con uno qualsiasi dei documenti sufficienti ad accertare l'identità personale, ma però rimase il limite del circondario, il limite del territorio” *ivi*, p.25.

¹⁶ *Ivi*, p.25

preferiscono dormire sulla gradinata di una chiesa o sul lastrico di un portico, le guardie li vedono e li arrestano. Si vedono e si arrestano espressamente migliaia di persone non di altro colpevoli al mondo all'infuori di avere laceri i vestiti e sparuto il volto. La questura con la comoda imputazione di sospetto in genere arresta in fascio quanti le pare e piace sulle vie”¹⁷.

Lasciandoci alle spalle, gli eccessi a cui determinate discipline si prestano, riprendiamo il discorso sugli sviluppi teorici. Un passo in avanti in questo senso, verso l'affermazione dell'idea liberale che la carcerazione preventiva debba rappresentare l'eccezione e non la regola della disciplina penalistica, venne posto in essere con l'approvazione della legge n° 3183/1876 con la quale si introdusse il criterio della 'stretta necessità' per l'adozione della misura e della maggiore libertà da concedere all'imputato durante il processo. Nonostante ciò venne mantenuta ugualmente in vigore una disciplina derogatoria per gli individui, che il guardasigilli Mancini durante una seduta della Camera definì “costituita in una sistematica e ragionevole diffidenza da parte della società”¹⁸, tra cui vi si facevano rientrare i soggetti pericolosi o sospetti e gli imputati di “ribellione o resistenza, di oltraggio o violenza ai depositari della pubblica autorità od agli agenti della forza pubblica”¹⁹.

Nel successivo codice di procedura penale Finocchiaro Aprile del 1913, si realizzò, quello che per l'epoca, fu il più ampio distaccamento possibile dalle concezioni autoritarie, al punto che

¹⁷ Ivi , p. 28.

¹⁸ Ferranti, *Libertà provvisoria*, in D.I., XIV, Torino, 1902-1905, p. 837 ss., in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p.8.

¹⁹ *Ibidem*.

venne introdotto l'istituto della scarcerazione per decorrenza dei termini.

Tale istituto, anche se riferito alla sola fase istruttoria, sottolineava la funzione prettamente processuale dell'azione dando le spalle a quella parte della dottrina che continuava a pensare alla carcerazione preventiva come ad un passaggio fondamentale per l'attuazione della repressione *ante iudicatum*. Purtroppo, resistendo ancora la forte separazione della fase istruttoria da quella strettamente processuale, nel passaggio dall'una all'altra si perdevano le caratteristiche tipiche della scarcerazione automatica e rientravano in vigore le regole basate sui criteri dell'indeterminatezza temporale tornandosi all'applicazione del criterio della presunzione di colpevolezza.

Dopo il primo conflitto mondiale si assiste alla crisi del sistema liberale. Vari sono i fattori che portano all'inizio di una delle fasi più buie della storia dei diritti: principalmente il disagio economico–sociale che portò al diffondersi per tutto il paese di episodi di tensione e violenza in occasione degli scioperi; poi lo svolgimento nel 1919 delle prime elezioni a suffragio universale maschile che vedranno la vittoria del partito socialista e popolare a dispetto di quelli liberali.

Negli anni successivi le forze politiche conservatrici appoggiarono sempre più le azioni violente dei gruppi fascisti armati, giustificandole dietro la maschera del fine patriottico che esclude il reato, fino all'insediamento del Partito Nazionale Fascista alla guida del paese nel 1922. L'imperante ideologia fascista mutò il precedente rapporto tra Autorità ed individuo

così come elaborato dai filosofi liberisti, oramai le esigenze individuali, ovvero le libertà personali, degradate a mere concessioni statuali, debbono cedere il passo allo Stato, portatore di propri superiori interessi.

Esemplificative, di detti mutamenti, sono le parole dello stesso Guardasigilli Rocco: “l'intera disciplina della libertà personale era ispirata a *due principi squisitamente fascisti*: da un canto il principio *della più inflessibile severità per gli immeritevoli d'ogni riguardo* e, dall'altro, quello *di una illuminata umanità per coloro verso i quali, per particolari condizioni personali o per le circostanze del fatto, l'equità consiglia un trattamento più mite*”²⁰.

Questi concetti trovarono puntuale applicazione nel c.d. Codice Rocco del 1930, quì si respinge nuovamente la presunzione d'innocenza, viene riaffermata la prassi di giudicare l'indagato in base al credito o discredito che questi può vantare agli occhi della società²¹, vengono attribuiti agli organi di polizia maggiori poteri, tra questi compare per la prima volta il fermo degli indiziati di reato²², e infine, durante la fase istruttoria, venivano conferiti al pubblico ministero, essendo il braccio destro

²⁰ Da *Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, p. 49 in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929 in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p.15.

²¹ Si precisava tra l'altro che “sarebbe incoerente, immorale ed antigiuridico trattare tutti alla stessa stregua” da *Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., p.50 in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p.16.

²² Da questo momento si dà veste legale ad un “istituto che, senza che alcuna legge lo prevedesse, anzi in opposizione a parecchie norme legislative, si era venuto costituendo come una prassi determinata da evidenti ed imprescindibili necessità di polizia” da *Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., p.49 in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p.16.

dell'esecutivo, poteri assimilabili a quelli del giudice istruttore²³.
Da questo sommario quadro traspare una disciplina complessa, di forte stampo autoritario, in cui il semplice manifestarsi di un interesse pubblico basta da solo a cancellare la rilevanza di qualsiasi interesse privato, e nella quale il *dovere di fedeltà* diventa elemento costitutivo e ricognitivo del delitto, tanto che al bene particolare viene attribuita rilevanza solo se viene a coincidere con l'interesse superiore dello Stato.

1.3 La Costituzione.

Nel 1946 immediatamente dopo i risultati del referendum istituzionale svoltosi il 2 giugno, col quale si proclamò il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica Italiana, venne emanato il Decreto Legislativo Luogotenenziale n° 98 col quale si affidarono i lavori di redazione della nuova Costituzione ad un'assemblea costituente. Il testo della carta costituzionale fu approvato dall'assemblea nella seduta del 22 dicembre 1947 e promulgata dal capo provvisorio dello Stato Enrico De Nicola qualche giorno dopo, ed entrò in vigore dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 1° gennaio 1948. Tralasciando una troppo complicata analisi di tutto lo scritto, è necessario continuare a concentrare le energie sul concetto di libertà personale e sull'articolo che la recepisce nella

²³ “A ragione il guardasigilli Rocco non dubitava che i relativi poteri fossero affidati a mani sicure, senza pericolo di eccessiva condiscendenza a favore dell'imputato” da *Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale* cit., p.55 in V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p.19.

Costituzione.

Già durante i lavori preparatori dell'assemblea costituente, la libertà personale venne collocata nella Parte Prima dei 'Diritti e doveri dei cittadini' individuandola come chiave di volta di tutte le libertà, accessorie e derivate, la tutela delle quali risulta necessaria per garantire il libero e pieno sviluppo dell'individuo (né sono degli esempi la libertà di circolazione, di corrispondenza, di pensiero ecc..).

La libertà personale in quanto principio fondante i valori supremi della “definitiva forma di regime”²⁴ indirizzò i costituenti ad elaborare una definizione che esprimesse il massimo grado di protezione e importanza, superando il precedente binomio libertà personale/autorità, che per secoli aveva ancorato la proclamazione dell'*habeus corpus* alle sole esigenze del processo penale e alla colpevolezza del reo.

In assemblea costituente queste riflessioni furono successive ad una prima stesura del testo che poi diventò l'art. 13 e precisamente sollevò la questione l'On. Dossetti, il quale richiamando come modello l'art. 127 della Costituzione russa, si augurò “che in questo primo articolo, il quale tratta della libertà personale, sia seguita la proposta fatta dalla Commissione di studi del Ministero per la Costituente, cioè di far precedere una dichiarazione generale circa l'inviolabilità della persona umana e stabilire successivamente le varie norme pratiche a garanzia del

²⁴ Così definisce la neoeletta Repubblica l'On. Calamandrei nella seduta dell'assemblea costituente nel suo intervento del 4 marzo 1947, così come citato nella seduta del 5 marzo 1947 dall' On. Laconi. Fonte reperibile dal sito *La nascita della Costituzione-art.13*.

diritto enunciato”²⁵ proponendo di aggiungere come prima enunciazione dell'art. 3 (poi divenuto art. 13) il diktat “**La libertà personale è inviolabile**”.

Tale primo comma, attraverso il concetto di inviolabilità, non solo conferma una scala di valori interna alla Costituzione secondo la quale la libertà dell'individuo prevale su tutte le altre garantite²⁶, ma svuota l'idea di dover definire i caratteri e i contorni di tale libertà affermandone invece delle semplici “linee guida di riparto tra i vari poteri dello Stato che sono deputati all'amministrazione della piena realizzazione della libertà”²⁷. I costituenti vollero comunque dare un segnale per l'interpretazione del significato del termine libertà personale, tant'è che la maggior parte della dottrina appoggiando l'orientamento emerso durante i lavori preparatori, la intende in senso restrittivo e quindi come pura libertà fisica, come pura disponibilità del proprio corpo; non bisogna sminuire la corrente che ha interpretato tale concetto aprendolo alla nozione di disponibilità psichica o morale di se stessi, la quale ha avuto un'importante seguito.

Una particolare interpretazione della libertà personale, se messa in rapporto con le restrizioni che possono dirsi legittime, può dedursi dalla lettura delle motivazioni di alcune sentenze della

²⁵ Reperibile nel sito *La nascita della Costituzione-art.13*, seduta del 12 settembre 1946.

²⁶ Secondo quanto detto da G. Amato in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti Civili*, Bologna-Roma, 1977, sub art. 13, p.2, così intesa si tratterebbe di una libertà-situazione (in cui la garanzia copre tutte le le indefinibili facoltà che si possono esercitare) che si oppone al concetto di libertà-facoltà (intendendola con quelle coincidenti con le singole facoltà).

²⁷ M. Brizzi *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Giuffrè Editore, 2012, p.6.

Corte Costituzionale, dalle quali emerge il criterio della “degradazione giuridica”²⁸, facendovi rientrare la “menomazione della libertà quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere”²⁹ e qualsiasi provvedimento che “provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona”³⁰.

Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per uniformare vari orientamenti espressi dalle singole commissioni su questioni legate al legittimo restringimento della libertà personale, si sono espresse in favore della “lettura estensiva dell'art.13 Cost. cogliendo nella indeterminatezza della formula di chiusura delle misure vietate, la volontà non limitativa del costituente a garantire l'illiceità delle sole restrizioni che annullano totalmente, attraverso misure coercitive, la disponibilità che l'individuo ha della propria persona, bensì di estenderla anche ai provvedimenti che pur non impartendo una completa soggezione del destinatario, ne comprimano o restringano la libertà personale”³¹. Scorrendo ulteriormente nella lettura dell'art.13, viene immediatamente in evidenza come le cure del legislatore costituzionale si siano concentrate nel porre delle prime indicazioni sul tipo di limitazioni alla libertà personale che lo Stato può accettare, per poi sottolineare l'obbligatorietà della punizione per chiunque sottoponga a violenza il soggetto privato nella libertà. Nei commi dal secondo al quinto vengono espressi i

²⁸ Corte Costituzionale sent. N°11 del 27-3-1956 , GIC 1956, 612 s.

²⁹ Corte Costituzionale sent. N°30 del 27-3-1962 , GIC 1962, 240 s.

³⁰ Corte Costituzionale sent. N°68 del 30-6-1964 , GIC 1964, 715 s.

³¹ L. Bresciani *Libertà personale dell'imputato* in *Digesto delle discipline penalistiche* , vol. VII, cit., p.450.

seguenti principi: la riserva di legge, la riserva di giurisdizione, la necessità di motivazione a sostegno dei provvedimenti limitativi, la ricorribilità in Cassazione contro tutti i provvedimenti limitativi che violino la legge e la previsione ex lege dei limiti massimi della carcerazione preventiva.

L'art. 13 della Costituzione così recita:

“La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.

Procedendo nell'analisi dei commi del suddetto articolo guardiamo al secondo in cui per limitare qualsiasi discrezionalità da parte della pubblica autorità vengono proclamati sia il principio di riserva di legge sia il principio di riserva di giurisdizione, i quali sottolineano la necessità di un, seppur minimo, controllo sull'agire dell'autorità preposta. Avanzando per

gradi parliamo della riserva di legge che è sì una riserva assoluta, ma ciò non elimina completamente ogni preoccupazione circa il contenuto delle future leggi. Come sempre accade i dubbi sorsero in primis tra coloro che a tale riserva hanno dato vita, l' On. Benedettini sottolineò come, nonostante “la Costituzione precisa che la libertà personale è inviolabile, tranne i casi e i modi previsti dalla legge: ciò significa che se al Governo e nelle Camere vi sono membri con velleità dittatoriali che vogliano annullare totalmente quella libertà, essi non avranno bisogno di violare la Costituzione, in quanto sarà sufficiente che emanino delle apposite leggi”³².

La prima parte del comma richiamando esplicitamente il divieto all'utilizzo incondizionato di tre specifiche misure, riprende il concetto tradizionale di 'libertà dagli arresti', che era proclamato nell'art. 26 dello Statuto Albertino. L' utilizzo nel dettato della parola '*altra*' lascia uno spazio di chiusura estendibile anche a tutte quelle misure che fuoriescono dalla pura coercizione fisica per farvi rientrare, anche se con un minimo sforzo interpretativo, tutte le misure di *pati*, anticipando così il quarto comma nel quale si vuole colpire “l'odioso ricatto, la subdola minaccia di ulteriori sofferenze e costrizioni per sé ed altri: ricatti e minacce ovviamente possibili anche nei confronti di chi sia ristretto nella sua libertà, in forza di misure meramente obbligatorie”³³.

A garanzia dell'assunzione delle misure solo qualora siano necessarie, è dettata la riserva di giurisdizione per cui la restrizione può essere attuata solo dall'autorità preposta dal

³² Reperibile nel sito <http://www.nascitacostituzione.it>

³³ A. Pace, *Libertà personale (diritto Costituzionale)*, reperibili sul sito <http://dirittoditutti.giuffre.it>

legislatore, quindi solo dal giudice ordinario e dietro motivato provvedimento (ulteriore restrizione a garanzia!). Ovviamente ogni garanzia trova sì il suo nascere in una determinata norma, ma non anche la propria fine in quanto sempre avrà continuazione in un collegamento con altre norme fondamentali; in questo caso particolare la riserva di giurisdizione si esplica anche nell'applicabilità dell'art. 111 Cost. che ammette il ricorso in Cassazione per tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale.

Il terzo comma sembra introdurre una deroga a quello che fin'ora si è affermato, in primis individuando la possibilità per l'autorità di pubblica sicurezza, un corpo alle dipendenze del Ministero dell'Interno e quindi completamente scollegato dall'autorità giudiziaria ed estranea ai concetti di indipendenza da quest'ultimo garantiti, di attuare misure che limitino la libertà dell'individuo. Per non incorrere poi in eccessive contraddizioni i costituenti hanno enunciato sul nascere di questo terzo comma che solo “in casi eccezionali di necessità ed urgenza” si può adire a tali mezzi, risultando tale concetto fumoso se poi non ne viene data immediatamente una definizione correlata da limiti. Lo stesso Pace in un suo scritto riferisce che “non meno sorprendente, in uno Stato di diritto a rigidità costituzionale garantita, è ritenere che dell'impostazione di divieti il Costituente si sia completamente disinteressato – dopo che per anni e anni si è insegnato, bene o male non interessa, che il diritto consista soprattutto, se non soltanto, in divieti – lasciando conseguentemente liberi i soggetti sia pubblici che privati di fare

affidamento sulla brutale violenza o sul potere di fatto per imporre divieti a chicchessia”³⁴.

Successivamente balza all'attenzione la definizione dei provvedimenti adottabili come 'provvisori'. Già durante i lavori l'utilizzo di tale termine fu ritenuto “infelice”³⁵ in quanto si riferisce alla durata degli stessi che può essere non superiore alle 48 ore, termine entro il quale l'autorità giudiziaria deve procedere alla convalida. Non sembra azzardato parlare, di fronte al quadro delineato, di un congelamento delle tutele in quanto si può “consentire la soppressione per 48 ore della libertà personale del cittadino solo per essere stato sospettato dall'autorità di pubblica sicurezza, che ogni ventennio può cambiare la direzione dei suoi sospetti, mentre il sospetto resta la disposizione naturale del suo spirito?”³⁶.

Per ultima compare la precisazione che in assenza della convalida da parte dell'autorità giudiziaria i provvedimenti verranno revocati e rimarranno privi di effetti, le conseguenze di questo ultimo inciso non si fermano alla ritrovata libertà del soggetto sottoposto a restrizione, ma processualmente comporta che le prove e le informazioni dedotte durante il trascorrere delle 48 ore non potranno esser usate nel processo.

Nel quarto comma si attua un'estensione del concetto di libertà ricompreso nella cornice dell'articolo, prevedendo la punibilità di

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Dichiarazione dell'on. Fusco reperibile nel sito <http://www.nascitacostituzione.it> , seduta del 28 marzo 1947.

³⁶ Dichiarazione dell'on. Basile reperibile nel sito <http://www.nascitacostituzione.it> seduta del 29 marzo 1947.

qualsivoglia violenza non solo fisica ma anche morale³⁷ afflitta durante un assoggettamento e, collegando tale comma al principio della personalità della responsabilità penale, possiamo leggerne un monito e un invito da recepire nella stesura del futuro codice. Come risulta anche dall'ultimo comma nel quale il costituente esorta il legislatore a porre dei limiti legislativi all'utilizzo della carcerazione preventiva.

1.4 Il sistema inquisitorio, accusatorio e misto.

Tutti i codici di procedura penale emanati nell'Italia post-unitaria sono accomunati dalla presenza di una struttura “bifasica scandita dal binomio ricerca-justificazione”³⁸ che ha subito, attraverso il succedersi delle riforme, delle innovazioni indirizzate per lo più all'attuazione dei principi costituzionali riguardanti il diritto alla difesa e ad un giusto processo, attraverso la dislocazione della fase preprocessuale (detta appunto delle indagini) e di quella prettamente processuale. Le due fasi di cui in sostanza si compone la procedura penale e che sono regolate nel codice del 1988, si differenziano non solo nei fini ma anche e soprattutto per i soggetti che nelle stesse muovono le proprie

³⁷ Di Libertà Morale si parla nell'art.5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 3 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, e nell'art. 7 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, i quali esigono che nessuno possa essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti.

³⁸ In G. Conso, V. Grevi, *Compendio di Procedura Penale*, 5° edizione, Cedam, 2010, pag. 486.

azioni.

Facendo una breve disamina storica per meglio comprendere i caratteri che contraddistinguono il processo penale italiano e particolarmente le regole poste alla base delle indagini preliminari e delle misure precautelari, necessita distinguere i sistemi processuali in 3 modelli: inquisitorio, accusatorio e misto³⁹.

Tradizionalmente troviamo l'avvicinarsi nei secoli dei due modelli principali, per cui ci si riferisce al modello accusatorio quando si parla del processo romano classico e dell'inquisitorio per quello tardo imperiale; per cui caratteristica peculiare del primo sarebbe la presenza, se non proprio il monopolio, dell'accusa privata mentre l'inquisitorio è tipico dell'iniziativa dei pubblici funzionari. Tipica dell'impero romano è la tradizione burocratica che ha prodotto effetti anche sugli ordinamenti giudiziari penali odierni, in quanto trattasi di una eredità culturale fatta propria da tutti gli stati dell'europa continentale, schiavi di quella burocratizzazione che nemmeno la Rivoluzione Francese è riuscita a cancellare. Fino a tutto il medioevo si ritenne questo il criterio di distinzione dei due modelli processuali, poi vi fu il definitivo affermarsi del processo inquisitorio tant'è che a tutt'oggi la pubblicità dell'accusa risulta un carattere ineliminabile di tutti i sistemi giudiziari penali.

Esemplare tipicamente inquisitorio è il processo dell'*ancien régime* massimamente sviluppato nel diciottesimo secolo; in tale

³⁹ Precisiamo che i due modelli che si delineano del processo inquisitorio ed accusatorio sono il frutto di un'astrazione, ricavati a partire da alcuni caratteri reali di ordinamenti esistenti o storicamente ricostruibili e che le definizioni che se ne danno nascono dalla comparazione delle scale di valori che ne sono alla base.

modello risalta il *modus* di accertamento della verità giudiziale che trovava la sua espressione estrema nell'uso della tortura da parte dell'inquisitore che era chiamato ad iniziare d'ufficio o su denuncia anonima l'indagine, che si caratterizzava a sua volta per la segretezza nella quale tutta la procedura era svolta. Il procedimento detto *inquisitio specialis* era rivolto contro il sospettato, il quale non era messo a conoscenza dell'accusa e delle prove raccolte, veniva sottoposto ad interrogatorio previo giuramento ed eventualmente sottoposto a tortura perché confessasse. Tutto ciò che l'inquisito pronunciava durante queste fasi era minuziosamente riportato in verbali trasmessi poi all'autorità giudiziaria che li avrebbe usati come fonti di argomenti validi a formare la decisione circa la colpevolezza⁴⁰.

Con lo svilupparsi della dottrina illuministica vengono alla luce le pecche del sistema inquisitorio e si pongono invece le basi per l'emersione dei principi che reggono quello accusatorio: oralità, pubblicità, essenzialità del contraddittorio, presenza della giuria popolare e principio del libero convincimento. Per cui inquisitorio sarà il sistema che semplicisticamente esclude la dialettica tra accusa e difesa, “nel quale il giudice è contemporaneamente organo accusatorio e difetta, quindi, completamente di terzietà. Il processo è scritto e caratterizzato da una segretezza esterna ed interna nel senso che gli atti processuali debbono rimanere segreti non solo per i soggetti estranei al processo ma anche per lo stesso imputato, vi è una totale disparità di poteri fra il giudice accusatore e l'imputato, è

⁴⁰ Il sistema appare fortemente superato, ma nonostante ciò ritroviamo nella odierna legislazione di emergenza dei principi e linee guida che possono ricondursi al sistema su visto.

prevista una carcerazione preventiva di quest'ultimo ed infine il giudice d'ufficio ricerca le prove senza che venga riconosciuto all'imputato alcun diritto in ordine all'assunzione delle stesse"⁴¹. Tra le caratteristiche sempre ricorrenti e fondamentali di tale modello troviamo anche la netta e insuperabile divisione tra fase istruttoria e fase del giudizio; nella prima si formano le prove e gli atti nella più completa segretezza delle stanze dei soggetti a questo predisposti, mentre nella seconda fase pubblica e alla presenza delle parti vengono verificati e deliberati gli atti precedentemente formati, ma senza la benché minima possibilità che in tale momento vengano a formarsi ulteriori prove⁴². Evidente è come in un tale sistema venga totalmente sacrificato il diritto di difesa dell'individuo a favore di un più forte senso di giustizia da farsi valere indiscussamente come risultato utile, "il principio dell'inquisizione – che è proprio di società tutte protese verso il sovra-umano e l'astratta perfezione – oblitera l'individuo e – avvalendosi di forme vaghe, categorie fluide, garanzie teoriche, mobili e illusorie – vuole fare giustizia ad ogni costo: [anche] l'innocente soccombe"⁴³.

Dobbiamo alla Francia post rivoluzionaria la nascita del modello codicistico "esportato in tutta l'Europa continentale dalle truppe napoleoniche e che mirava a fondere in un'unica struttura processuale i caratteri del sistema inquisitorio e di quello accusatorio, cercando di sommarne gli aspetti positivi e, al tempo stesso, di contemperare la difesa della società e la tutela

⁴¹ Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, VI, Torino, 2004, pag. 5

⁴² In tal senso si richiama Pisauro G., *Il processo penale e le indagini preliminari*, in Sidoti F. (a cura di), *L'investigazione come scienza*, L'Aquila, 2004, pag. 185

⁴³ Isabella Di Lalla, *Notizia di Reato*, in *Dig. Delle Disc. Pen.*, vol. x, pag. 260.

dell'imputato”⁴⁴. Con l'intento di darsi un sistema accusatorio puro come quello anglosassone, dal 1790 i francesi tentano i più svariati compromessi tra principi e regole fino ad allora utilizzate e teorizzate ma senza risultati fino al 1804 quando i giuristi presenti nel Consiglio di Stato decisero di elaborare un codice che tenesse conto dell'esperienza legislativa rivoluzionaria. Venne emanato così nel 1808 il *code d'instruction criminelle*, entrato in vigore nel 1811, risulta il primo esempio di sistema processuale penale 'misto'. In questo codice è la fase dell'istruttoria che si rifà agli aspetti di entrambi i sistemi, mentre la fase processuale è tipicamente di stampo accusatorio e vi troviamo una netta separazione tra l'accusa e il giudice. Anche qui la fase istruttoria era segreta ma diversamente dall'inquisizione tipica dello Stato assoluto, troviamo tre importanti modifiche: in primis si stabiliva che l'istruzione iniziasse solo dietro formale richiesta del pubblico ministero al giudice istruttore e terminasse con la richiesta, dello stesso pubblico ministero, di rinvio a giudizio o proscioglimento; era poi inserita l'obbligatorietà del giudice di compiere l'istruzione; infine si prevedeva a garanzia dell'imputato l'effettivo controllo sulla richiesta di rinvio a giudizio da parte della Chambre d'accusation, una sezione della corte d'appello. In questa fase ampi poteri di contrasto al pubblico ministero, che rimaneva alle dipendenze del potere esecutivo, erano concessi al giudice istruttore il quale disponeva l'assunzione delle prove ed era unico detentore dei poteri limitativi della libertà personale

⁴⁴ Paolo Tonini, *Manuale breve del diritto processuale penale*, Giuffrè Editore, 2008, pag. 7.

dell'indagato.

Il sistema accusatorio lo troviamo invece alla base della fase dibattimentale, i principi che sono stati aggiunti riguardano le modalità di interrogatorio ai testimoni e l'assunzione in giudizio, come prove, degli atti formati prima del dibattimento sui quali il giudice poteva fondare la propria decisione. In questa prospettiva risulta immediatamente come l'evoluzione a cui si è dato luogo è più che altro limitata al vecchio processo inquisitorio, mentre subito dopo la prima fase rivoluzionaria perse peso il dibattimento a esclusivo vantaggio dell'istruzione fino a ridursi a mero controllo estrinseco delle conclusioni raggiunte.

In Italia invece il sistema misto è accolto, in aderenza al modello napoleonico, inizialmente nel codice di procedura penale del 1865, successivamente ne troviamo una rivisitazione in chiave accusatoria nel codice del 1913 e una successiva di esplicito stampo inquisitorio nel codice del 1930.

All'interno del c.d. codice Rocco la regolamentazione della fase istruttoria è permeata di vecchi dettati del processo inquisitorio, nello specifico al pubblico ministero era affidata la scelta tra l'esercizio dell'azione penale “dopo un primo sondaggio estremamente sommario in ordine alla fondatezza della notizia di reato”⁴⁵ o la richiesta di archiviazione al giudice istruttore. Nel caso di fondatezza della notizia di reato il pubblico ministero avrebbe esercitato l'azione penale dando l'avvio alla fase cognitiva preliminare, attraverso la quale egli stesso poteva

⁴⁵ G. Conso, V. Grevi *Compendio di Procedura Penale*, 5° edizione, Cedam, 2010, pag. 486.

incaricarsi della ricerca dei materiali probatori (c.d. Istruzione sommaria) oppure poteva lasciare che tale attività fosse svolta dal giudice istruttore (c.d. Istruzione formale).

Questa prima fase si concludeva o con l'emanazione della c.d. sentenza istruttoria di proscioglimento, la quale aveva efficacia preclusiva in quanto derivante da un vero e proprio procedimento di natura giurisdizionale e processuale avente come soggetto passivo l'imputato, contro il quale venivano raccolte prove per giungere ad un verdetto sulla necessità o meno di proseguire giuridicamente; oppure con il rinvio a giudizio dell'imputato alla successiva fase dibattimentale.

Durante il dibattimento veniva data estrema importanza ai risultati ottenuti durante l'istruttoria, tant'è che “bastava, ad esempio, che non vi fosse corrispondenza tra le dichiarazioni resa da un testimone in fase istruttoria e quelle rese dal medesimo testimone in dibattimento, perché la testimonianza istruttoria acquisisse, previa lettura in giudizio, lo stesso valore della testimonianza dibattimentale; e lo stesso accadeva laddove fosse necessario dare lettura del precedente istruttorio per aiutare la memoria del dichiarante”⁴⁶ ex. art.462, comma 1 n° 2, c.p.p.⁴⁷.

Il sistema accusatorio invece si regge su una serie di principi e regole che paiono radicalmente opposti a quelli fondanti il modello inquisitorio. Un'efficace paragone fa Pisauro nello scrivere che “concettualmente il processo penale di tipo accusatorio appare specularmente opposto al modello inquisitorio. Se questo ha la forma del leviatano, organismo che

⁴⁶ *Ivi*, pag. 487.

⁴⁷ Articolo oggi abrogato.

non si cura dell'individuo (né reo, né offeso), teso soltanto a fare giustizia in vista di una irraggiungibile perfezione, artefice di costruzioni astratte funzionali a purificare e modellare il mondo; quello trae ispirazione da un forte sentimento per l'individuo, e da un concreto senso della realtà, la fenomenologia del processo è quindi rapportabile ad una contesa, il cui ambito è ben definito da un caso concreto che deve essere risolto, fra parti poste su un piano di uguaglianza, che sarà decisa da un soggetto del tutto indipendente dai contendenti".⁴⁸

Non tutta la dottrina guarda al sistema accusatorio con riverenza, troviamo infatti nelle parole di Siracusano, Galati, Tranchina e Zappalà⁴⁹ una riflessione che partendo dall'origine del sistema accusatorio fino a giungere ai moderni ordinamenti che lo hanno recepito, mette in luce le sue stesse contraddizioni. Spiegano gli autori come originariamente l'accusa essendo un atto che si instaurava tra due privati colpiti in vario modo nei propri interessi legittimi, era un atto che trovava giustificazione in valutazioni di carattere totalmente privatistico e, solo successivamente venendo a farsi strada la distinzione tra *delicta privata* e *delicta pubblica*, si rendono perseguibili detti delitti sia da qualsiasi cittadino e poi anche da una figura pubblica creata ad hoc. Se ne ricava un significativo spunto riflessivo: dal momento in cui si affida ad una figura pubblicistica la persecuzione di un reato, diventa inevitabile la conseguente alterazione della fisionomia del rito.

⁴⁸ Pisauro G., *Il processo penale e le indagini preliminari*, in Sidoti F. (a cura di), *cit.*, pag. 186.

⁴⁹ Siracusano D., Galati A., Tranchina G., Zappalà E., *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2000, pagg. 39 ss.

Si rompe, in altre parole, l'equilibrio che era stato determinato dalla parità delle posizioni e dei diritti delle due parti contrapposte che agivano come soggetti privati. Il fatto che, invece, l'interesse pubblico sovrasti quello individuale, implica il soddisfacimento di tale interesse anche al di là di quanto possa pretendere l'organo dell'accusa, lasciando magari, all'organo della decisione la possibilità di assumere iniziative sussidiarie.

La conseguenza ultima è che “i ruoli finiscono per sovrapporsi ed il giudice e l'accusatore tornano ad essere pericolosamente vicini, come accade nel sistema inquisitorio”⁵⁰. Nella pratica l'esempio più calzante di sistema accusatorio che possiamo citare è proprio il codice entrato in vigore il 24 ottobre 1989 ed attualmente in uso nel nostro ordinamento⁵¹. I principi che lo ispirano, dettati nella legge delega n°81/1987, tendono a segnare un forte distacco dal precedente sistema 'misto' iniziando dalla scelta di ribattezzare la fase istruttoria come “fase delle indagini preliminari o fase investigativa”.

Aprendo il codice alla parte seconda, il libro V inizia con l'art. 326 “Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ La Costituzione non delinea un modello organico di processo riconducibile all'uno o all'altro modello, tuttavia troviamo delle indicazioni precise che ci portano a privilegiare un modello piuttosto che un altro. Bisogna considerare anzitutto l'art. 24, 2° co., e 27, 2° co., diritto di difesa collegato alla presunzione di non colpevolezza che si realizzano attraverso l'esercizio del contraddittorio; la garanzia dell'imparzialità del giudice va ricondotta alla separazione creatasi dal ruolo di formale accusatore che viene assunto da un organo apposito art. 112, l'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pubblico ministero rispecchia una matrice accusatoria; infine non va tralasciato l'art. 101, 1° co., in quanto se la giustizia è amministrata in nome del popolo è necessario che le procedure siano tali da consentire il massimo grado di trasparenza nell'esercizio della funzione e il controllo della collettività sui metodi d'accertamento utilizzati, e ciò è l'esatto contrario di quanto prospettato nel sistema inquisitorio.

le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale". Detta norma, sottolineando l'eliminazione della figura del giudice inquirente⁵² e affidando l'intera fase al pubblico ministero, con l'ausilio della polizia giudiziaria e l'incidentale intervento dell'autorità giudiziaria, permette finalmente di distinguere con nitidezza e precisione la fase processuale, del processo penale vero e proprio, da tutto ciò che la antecede, per cui prima dell'atto di esercizio dell'azione penale è appropriato parlare di procedimento penale. Inoltre non ci si riferisce più a colui che è soggetto passivo delle indagini usando la parola imputato bensì lo si indica con la nomenclatura *indagato* in quanto si tratta di persona sottoposta alle indagini per la quale ancora non è stata formulata alcuna imputazione. Gli elementi raccolti durante le indagini non sono assunti direttamente come prove durante il processo bensì verranno a costituire elementi di prova, questo per rimarcare la necessità che la prova sulla quale poi si fonderà la motivazione delle sentenza debba formarsi esclusivamente durante il dibattimento. Infine l'accertata infondatezza della *notitia criminis* comporta la semplice emanazione di un procedimento di archiviazione che non pesa sulle spalle dell'indagato come l'abrogata previsione di emanazione di una sentenza benché di proscioglimento.

Teoricamente il modello prospettato nell'odierno codice appare

⁵² Cordero F., *Procedura penale*, Milano, 2004, pag. 805: "L'epoca post-inquisitoria, o del processo misto, in Italia dura fino all'ottobre 1989. Da allora non esiste più l'istruttore. Era una figura dominante e fino alla l. 18 giugno 1955 n. 517 aveva lavorato in segreto; gli spiragli aperti nei sette lustri seguenti non toccavano le testimonianze. Nel nuovo sistema quel lavoro occulto diventa dibattimento ossia contesa sulla scena pubblica: i contendenti adducono prove; l'escussione avviene *hinc inde*; persa la voce dominante che gli competeva, il presidente ascolta e interloquisce occasionalmente".

avulso da giudizi di criticità o valutazioni negative, anche perché i principi su cui basa i propri istituti sono i più alti che la nostra storia di Stato conosce e cioè quelli costituzionali; ciò nonostante la dottrina più attenta nota come “[...] la libertà concessa al p.m. nella fase delle indagini è degenerata a svantaggio degli spazi difensivi e della effettività del controllo da parte del g.i.p..

Bisogna riconoscere che il codice del 1988 ha confidato troppo nel *self-restraint* dell’organo dell’accusa, nell’efficacia degli interventi moderatori del g.i.p. e nei vincoli di inutilizzabilità degli atti in sede dibattimentale. Per diversi motivi nessuno di questi contrappesi è stato invece effettivamente capace di limitare la sovranità assoluta del p.m. che connota oggi la prassi della fase anteriore al dibattimento”⁵³. Il ché risulta poco gradito soprattutto da parte della difesa dell’indagato se si pensa che i risultati delle indagini fungono da piattaforma decisionale nel caso di richiesta di applicazione di misure cautelari altrimenti limitative della libertà personale dell’individuo, se si pensa alla decisione per l’introduzione di un rito alternativo al dibattimento e se si pensa che sono comunque disciplinati a livello costituzionale le ipotesi in cui gli atti investigativi si trasformano in vere e proprie prove utilizzabili in giudizio.

⁵³ Amodio E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2003, IV, pag. 1425

1.5 Lo sviluppo del codice di procedura: la prima legge delega.

Nel 1945 ebbe inizio un percorso di riforma del codice vigente. L'allora ministro della giustizia distinse il processo di revisione in due fasi: durante la prima si eliminarono tutti gli istituti e norme in cui era maggiormente evidente l'impronta del regime fascista; in un secondo momento invece si sarebbe giunti alla redazione di un codice di ispirazione più liberale, magari rispolverando quello del 1913.

Tali lavori non poterono non coordinarsi con la nascente Costituzione, tant'è che il primo progetto del nuovo codice fu completato alcuni anni dopo l'entrata in vigore della Carta Fondamentale. La *piccola riforma*, così chiamata perché prevedeva la modifica di un centinaio di articoli del previgente codice, entrò in vigore con la legge n° 517 il 18 giugno 1955. Seguì un periodo di stallo che fu interrotto dall'istituzione di una Commissione ministeriale nel 1962 che però non procedette all'inizio dei lavori, mentre nel 1963 fu presentato un disegno di legge che delegava al Governo l'emanazione di una riforma dei codici e anche questo si risolse in un nulla di fatto.

Lo stesso progetto si ripropose nel 1965 e dopo un lunghissimo iter parlamentare la legge delega venne approvata nel 1974; tale legge dettava i principi ai quali doveva ispirarsi il legislatore, individuandoli nella puntuale attuazione dei principi della Costituzione e nell'adeguamento alle norme e convenzioni

internazionali ratificate dall'Italia e relative alla tutela dei diritti della persona. L'art. 2 prevedeva 85 punti di ratifica dei principi regolatori del processo penale, tra cui meritano una nota: “l'abbandono della qualificazione della custodia come misura *preventiva*, a favore della qualificazione della medesima come misura *provvisoria*”⁵⁴, la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del processo, il diritto dell'imputato detenuto di conferire con il difensore subito dopo il primo interrogatorio di fronte al magistrato, l'obbligatorietà dell'azione penale di fronte al giudice istruttore nei confronti degli arrestati e dei fermati, l'obbligo del giudice istruttore di sentire immediatamente e contestualmente le parti costituite prima di procedere e l'adozione del metodo orale.

Innovazioni e modifiche alla figura del fermo vennero inserite nei punti 30 – 31 – 32 del suddetto articolo; viene infatti previsto il “potere – dovere della polizia giudiziaria [...] di fermare, anche fuori dai casi di flagranza, colui che è gravemente indiziato di un grave delitto, quando vi sia fondato sospetto di fuga”⁵⁵. Il riferimento al *grave delitto* viene a sostituire il tradizionale richiamo ai delitti per i quali fosse obbligatorio il mandato di cattura ex art. 238 del Codice Rocco, ciò comportando “il pericolo di un eccessivo allargamento dell'area di reati riguardo ai quali risulta ammissibile il fermo”⁵⁶ in quanto trattasi di

⁵⁴ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, Roma, 1978, p. 231 in E. Marzaduri *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, p. 281.

⁵⁵ Art. 2, punto 30, legge delega 3 aprile 1974 n° 108, da www.normattiva.it

⁵⁶ V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 325.

“un'espressione generica”⁵⁷.

Il legislatore così statuendo elimina ogni discrezionalità tecnica apparendo in perfetta linea col dettato costituzionale posto che, “tra le alternative di una discrezionalità fatalmente destinata a trasformarsi in arbitrio e di un'assoluta certezza dei limiti del sacrificio della libertà personale, la Costituzione ha prescelto quest'ultima, ciò che quadra perfettamente, tra l'altro, con la carenza del potere decisorio inseparabile alla qualità di parte che afferisce anche alla polizia giudiziaria”⁵⁸.

Il testo della legge-delega va più in là del precetto costituzionale⁵⁹ nella parte in cui, non solo sposta la competenza della misura dalla forza pubblica alla polizia giudiziaria, sottolinea l'inserimento degli eventi nella fase post delictum, ma soprattutto al punto 31 nella parte in cui prescrive alla polizia giudiziaria “di porre le persone fermate a *disposizione*”⁶⁰ del p.m. “subito e comunque entro i termini fissati dall'art. 13 Costituzione”⁶¹, mentre il testo Costituzionale prevede la semplice *comunicazione* all'autorità giudiziaria dei provvedimenti assunti.

Viene contestualmente a delinearsi il nuovo carattere dell'autorità giudiziaria scindendosi maggiormente dalla figura del pubblico

⁵⁷ In tal senso P. Moscarini, *Il fermo degli indiziati di reato*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 239, per esteso l'autore afferma che riferendosi ai gravi delitti il legislatore usa “un'espressione generica che sembra, quanto meno, escludere che possa prevedersi il fermo anche per illeciti per i quali la legge non commina una pena detentiva come, invece, accade nell'attuale legislazione”.

⁵⁸ C. Taormina, *Studi sulla legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale–L'istruzione preliminare*, in *Giust. Pen.*, I, 1974, c. 332.

⁵⁹ A. Melchionda, *Linee programmatiche del nuovo processo penale italiano*, in *Critica pen.*, 1974, p. 19.

⁶⁰ Art. 2 punto 31 della legge delega 3 aprile 1974, n° 108 dal sito www.normattiva.it

⁶¹ Art. 2 punto 31 della legge delega 3 aprile 1974, n° 108 dal sito www.normattiva.it

ministero, il quale in un'ottica di “redistribuzione dei ruoli”⁶², “viene sempre più accentuando il suo carattere di parte, perdendo quello di organo di giurisdizione; ogni potere relativo al controllo sulla legittimità della custodia preventiva viene ad essergli sottratto ed attribuito al giudice istruttore”⁶³. Sottraendo al pubblico ministero ogni potere inerente alla convalida del provvedimento adottato dalla p.g., rimane di propria competenza “l'obbligo [...] di ordinare l'immediata liberazione [...] del fermato quando non sussistono le condizioni previste dalla legge per [...] il fermo”⁶⁴ e “l'obbligo [...] di esercitare l'azione penale [...] prima che scada la validità del provvedimento, nei confronti dei fermati, presentandoli al giudice istruttore”⁶⁵. Per tali fini è consentito al “pubblico ministero il potere di interrogare immediatamente [...] il fermato”⁶⁶ con facoltativa assistenza del difensore, unico atto investigativo consentito nel caso di specie. Non viene invece fatta alcuna menzione della possibilità che l'interrogatorio venga svolto dalla polizia giudiziaria, a riconferma della volontà di riaffermare il regime statuito nella legge precedentemente in vigore, legge 14 ottobre 1974 n° 497, eliminando quindi tale possibilità.

Presentando il fermato dinanzi al giudice istruttore questi era chiamato a decidere sulla delicata questione della libertà personale, scegliendo la liberazione immediata delle “persone

⁶² L. Russo, *Prime osservazioni sul fermo di indiziati nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, 1979, III, c. 42.

⁶³ P. Nuvolone, *Il pubblico ministero nel quadro della riforma del codice di procedura penale*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1977, p. 827.

⁶⁴ Art. 2 punto 32 della legge delega 3 aprile 1974, n° 108 dal sito www.normattiva.it

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

fermate fuori dai casi previsti dalla legge”⁶⁷ oppure ritenendo necessario ed opportuno convertire il fermo in una diversa misura coercitiva personale. In tale ultima ipotesi si assommava il compito di deliberare sull'ulteriore corso del procedimento essendo tenuto a “sentire immediatamente e contestualmente le parti costituite”⁶⁸ e a stabilire, “in base agli elementi addotti dalle parti stesse”⁶⁹, se procedere ad “atti di istruzione ovvero disporre il giudizio immediato o l'archiviazione”⁷⁰.

E' stato osservato come sia proprio nella disciplina del fermo che si annidi il principale difetto della legge delega, e precisamente nella previsione che si proceda alla convalida della misura senza che siano state effettuate indagini preliminari legittimando il pubblico ministero a “esercitare – anche – l'azione penale pur in mancanza di seri indizi”⁷¹. A tale osservazione si obietta che “anche in tali ipotesi l'azione penale sarà esercitata in presenza di seri indizi, dal momento che il fermo é rigorosamente ancorato al parametro della gravità degli indizi e potrà, quindi, operarsi soltanto nei confronti di un soggetto al quale si riconduce e si riallaccia la commissione del reato in virtù di una serie di circostanze obiettivamente gravi, il cui coordinamento porta direttamente a ritenere che, con estrema probabilità la persona sia autrice del reato”⁷².

⁶⁷ Art. 2 punto 32 della legge delega 3 aprile 1974, n° 108 dal sito www.normattiva.it

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ P. Nuvolone, *Osservazioni sul progetto preliminare*, cit., pag. 198.

⁷² L. Russo, *Prime osservazioni*, cit., c. 47.

1.5.1 La c.d. legge Reale.

Una nota merita la legge Reale, dal nome del Ministro di Grazia e Giustizia (on. Oronzo Reale) che la emanò nel 1975 durante quelli che a tutti sono noti come 'gli anni di piombo'.

Troviamo tre articoli particolarmente incidenti per la nostra discussione, ovvero l'art. 3 che, sostituendo l'art. 238 del codice di procedura penale allora vigente, recita: “Anche fuori dei casi di flagranza, quando vi è il fondato sospetto di fuga, gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria o della forza pubblica possono fermare le persone nei cui confronti ricorrono sufficienti indizi di delitto per il quale la legge stabilisce la pena non inferiore nel massimo a sei anni di reclusione [...]. Gli ufficiali possono trattenere i fermati per il tempo strettamente necessario per i primi accertamenti, dopo i quali debbono far tradurre i fermati immediatamente nelle carceri giudiziarie o in quelle mandamentali se in queste ultime esiste la cella di isolamento. [...] Lo stesso ufficiale di polizia giudiziaria nelle quarantotto ore dal fermo deve comunicare alla medesima autorità giudiziaria i motivi per i quali il fermo è stato ordinato, insieme con i risultati delle sommarie indagini già svolte. Il procuratore della Repubblica o il pretore deve provvedere immediatamente all’interrogatorio del fermato e, se riconosce fondato il fermo, lo convalida con decreto motivato, al più tardi nelle quarantotto ore successive al ricevimento della comunicazione. Del decreto di convalida è data comunicazione all’interessato”; si evince che la

flagranza di reato non è più requisito necessario per l'arresto e il requisito temporale per la convalida viene raddoppiato apparendo ora un 48+48.

L'art 5 pone il divieto di utilizzo di caschi protettivi o di qualunque altro strumento idoneo a rendere impossibile il riconoscimento della persona che si trovi in luogo pubblico, soprattutto in occasioni di manifestazioni, prevedendo inoltre l'arresto in flagranza. Infine l'art 14 prevede l'estensione della disciplina dell'art. 53 del codice penale anche ad alcuni casi espressamente previsti, dunque legittima le forze dell'ordine all'uso delle armi non solo in caso di violenza o resistenza ma anche qualora si tratti di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

Tale legge fu oggetto di referendum abrogativo ma con esito negativo e nonostante le modifiche e l'approvazione di nuovi codici, molte volte con questa contrastanti, rimane sempre in vigore.

1.5.2 Il progetto preliminare.

Il progetto preliminare al nuovo codice venne emanato nel 1978, ma non si concretizzò nell'emanazione di un vero e proprio codice, ciò nonostante vennero apportate ulteriori modifiche alla disciplina del fermo rispetto a quanto previsto nella legge delega n° 108.

Dal punto di vista sistematico alle misure precautelari viene dedicato un apposito titolo del libro VI 'Indagini Preliminari', rubricato 'Arresto in flagranza e fermo di persone indiziate' sottolineando in tal modo la loro incontrovertibile natura di “misure coercitive tipiche della fase delle indagini preliminari”⁷³.

L'art. 391 al comma 1 prevedeva che “Fuori della flagranza, quando vi è fondato sospetto di fuga, il pubblico ministero dispone il fermo della persona gravemente indiziata di un delitto punibile con la reclusione superiore nel massimo a sei anni”, tale norma rispetto ai dettati precedenti riduce l'area di intervento eliminando il criterio qualitativo per l'individuazione dei delitti.

Per quel che riguarda i soggetti legittimati all'attuazione della misura viene ripreso l'itinerario che prevede il pubblico ministero inserito nel procedimento in veste di parte del processo penale, superiore responsabile delle indagini preliminari e delle azioni poste in essere dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria. Viene seguito un filone importante della dottrina per il quale, ad un soggetto importante come il p.m non poteva non essere

⁷³ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, Roma, 1978, pag. 338.

attribuito “il potere di ordinare quelle misure provvisorie che la polizia stessa era legittimata ad adottare sua sponte [...], si dovrebbe, anzi ritenere che, il provvedimento di fermo sia sottratto, di regola, alla polizia per rientrare nella sola sfera di legittimazione del pubblico ministero”⁷⁴. Non mancano correnti dottrinali che contrariamente sottolineano come sia il pubblico ministero ad agire quale organo della polizia giudiziaria “non avendo nel suo specifico ruolo di parte nel processo, poteri autonomi di limitazione della libertà personale”⁷⁵.

Riconfermando la competenza all'adozione della misura alla polizia giudiziaria, l'art. 391 del Progetto afferma che la p.g. può di propria iniziativa attuare il fermo negli stessi casi in cui è consentito al pubblico ministero, anche qualora questi non abbia ancora assunto la direzione delle indagini. Al comma 3 del suddetto articolo è fatto obbligo alla polizia giudiziaria, dopo l'assunzione della direzione delle indagini da parte del p.m., di procedere motu proprio qualora venga individuato l'indiziato o sopraggiungessero elementi a fondare il sospetto che lo stesso stia per darsi alla fuga e, vista l'urgenza della situazione, sia impossibile attendere il provvedimento del pubblico ministero.

Doveroso è apparso l'inserimento dell'art. 392 del Progetto, contenente l'elenco delle circostanze al verificarsi delle quali veniva vietata l'esecuzione della precautela, quali: l'adempimento

⁷⁴ M. Chiavario, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in AA.VV., *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino, Utet, 1977, p. 260.

⁷⁵ In *Ministro di Grazia e Giustizia. Relazione della Commissione ministeriale per il nuovo codice di procedura penale. Progetto preliminare del codice di procedura penale. Relazione.*, Roma, 1978, p. 339.

del dovere, l'esercizio di una facoltà legittima e la presenza di una causa di non punibilità.

L'art. 393 elenca tra i doveri che la polizia giudiziaria deve compiere una volta effettuato il fermo, l'obbligo di informativa nei confronti del pubblico ministero, con l'utilizzo del più rapido mezzo di cui dispongono, al quale sono chiamati ad adempiere non solo gli ufficiali di polizia giudiziaria, come inizialmente richiesto (legge n° 152/75), ma bensì “tutti i soggetti esercenti funzioni di polizia giudiziaria”⁷⁶. Nel caso in cui non ricorresse alcuna delle cause che comportano la liberazione immediata del fermato - esecuzione viziata da errore di persona, sopravvenuta inefficacia del provvedimento, assunzione della misura fuori dai casi previsti dalla legge, rientrando in tale formulazione sia il caso di presenza di difetti assoluti (mancanza dei presupposti di legittimità) sia i “casi di difetto o di erronea valutazione delle concrete condizioni previste per l'adozione della misura”⁷⁷ - si deve procedere alla traduzione del fermato in una casa circondariale⁷⁸ entro le ventiquattro ore. Entro tale termine la polizia giudiziaria deve inoltre trasmettere al p.m. il verbale contenente l'indicazione del giorno, dell'ora, del luogo di esecuzione del fermo e delle ragioni che lo hanno determinato, nonché l'eventuale nomina del difensore di fiducia; si crea un

⁷⁶ *Relazione*, cit., p. 343.

⁷⁷ *Relazione*, cit., p. 345.

⁷⁸ Nonostante l'istituzione di specifiche strutture atte ad accogliere i soggetti sottoposti a misure preventive si basi sui principi di protezione dei diritti individuali, che hanno quindi portato a modificare la precedente normativa del '75 che istituiva gli istituti di custodia preventiva, non si può fare a meno di sottolineare che “un pur breve soggiorno nel carcere giudiziario squalifica l'individuo che vi è stato introdotto, assai più del corrispondente soggiorno in un commissariato”, così C.U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, Utet, p. 134.

netto distacco rispetto ai termini previsti invece nel precedente art. 238 nel quale tali adempimenti erano prescritti “senza ritardo, e comunque non oltre le quarantotto ore”.

Altra informativa riguarda i familiari del fermato, questi devono essere obbligatoriamente informati ex art. 394 del Progetto, senza ritardo e senza il consenso del fermato se questi è soggetto minore degli anni 18, in caso contrario è necessario il consenso del fermato per procedere legittimamente all'informativa; la comunicazione può comunque essere ritardata, previa autorizzazione dell'ufficio del p.m., qualora sussistano fondati sospetti che possa derivarne grave pregiudizio alle indagini.

Arriviamo così all'art. 395, comma 1, prog. in cui è contenuta la maggiore novità introdotta rispetto alla legge delega n°108, precisamente nella nuova norma viene posto il divieto per la polizia giudiziaria di procedere all'interrogatorio del fermato.

Necessita aprire una breve parentesi per spiegare l'importanza di detto divieto. Con l'entrata in vigore della Costituzione e l'affermarsi dei principi posti a tutela della libertà personale e di autodeterminazione, nonché dell'inviolabilità dei diritti umani e civili, si è reso necessario agli occhi del legislatore porre degli strumenti a protezione dei soggetti resi momentaneamente più vulnerabili in quanto posti dinanzi al braccio del potere legislativo, e che molto spesso nel passato hanno subito il c.d. processo di polizia. Il legislatore decise quindi di intervenire sulla materia dell'interrogatorio da parte della polizia giudiziaria inibendolo, ex art. 225 della legge n°932/69, nei confronti del

fermato ma lasciando possibile agli ufficiali il trattenimento dell'indiziato “esclusivamente per quell'arco di tempo *strettamente necessario per i primi accertamenti*”⁷⁹.

Tale riforma, nonostante si prefiggesse quale fine indiretto quello di “sottrarre l'inquisito alla situazione di soggezione fisica e psicologica derivante dal fermo [...], situazione che può indurlo, anche senza inviti o sollecitazioni degli organi di polizia, a dichiarazioni che altrimenti non avrebbe rilasciato”⁸⁰, non ebbe seguito tra i settori culturalmente più influenti degli ambienti politici, che invece si mostrarono idealmente molto più vicini alle forze dell'ordine, le quali sostenevano l'esistenza di uno stretto collegamento tra l'aumento della criminalità verificatosi negli anni Settanta e la nuova legislazione, in particolare con la “norma che sancisce la competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria nel procedere ad interrogatorio delle persone arrestate in flagranza o sottoposte a fermo”⁸¹.

Si venne così ad approvare in Parlamento la legge n°497/1974 titolata 'Nuove norme contro la criminalità', con la quale non solo si ripristinò il potere in capo agli ufficiali di procedere all'interrogatorio dell'arrestato e anche del fermato, ma si inserì come mezzo consentito per l'avviso al procuratore della Repubblica o al pretore, quello telefonico. Non potendosi lasciare sprovvisto di un aumento di tutela il fermato, venne contestualmente prevista la presenza necessaria del difensore

⁷⁹ L. Bresciani, *Fermo*, in *Dig. Delle. Disc. Pen.*, Vol V, Utet, 1991, p. 219.

⁸⁰ Galli, *In tema di “spontanee” dichiarazioni dell'arrestato e del fermo*, T., 1975, p.78.

⁸¹ Grevi, *Poteri della polizia giudiziaria ed interrogatorio di persone arrestate o fermate*, PD, 1972, p. 853.

legale, nacque così la figura del difensore d'ufficio di turno. Nei casi di irreperibilità o impossibilità per il difensore di fiducia di partecipare tempestivamente all'interrogatorio, veniva nominato dal pubblico ministero un difensore d'ufficio di turno, da scegliersi dietro consultazione di un apposito elenco stilato ed aggiornato periodicamente.

Bisogna osservare come tali accortezze poste dal legislatore a tutela di uno o dell'altro interesse di parte mal vengono conciliate, infatti l'esigenza di tutela del diritto di difesa del fermato comporta un rallentamento dell'interrogatorio rendendo superflua la previsione che a porlo in essere sia, per questioni di celerità, la p.g.. Se poi “il tempo necessario per il reperimento del difensore, di fiducia o d'ufficio, è certamente non inferiore a quello richiesto per assicurare la presenza del magistrato, ove fosse organizzato per i magistrati un sistema di turni come per i difensori d'ufficio”.⁸² Inoltre visto che non è assicurato nessun confronto fra difensore e fermato prima dell'interrogatorio, dal quale possa derivare non solo un sollievo psico-fisico per l'interrogato ma anche una maggiore conoscenza delle circostanze tale da poter permettere al difensore di meglio delineare la linea difensiva, appare la presenza di quest'ultimo una garanzia meramente formale.

Nel 1978 la materia viene ulteriormente novellata con l'art. 5 del d.l. n°59, col quale si consente agli ufficiali di polizia giudiziaria nei 'casi di assoluta urgenza' e 'al solo scopo di proseguire le indagini' per determinate figure di reato, di assumere 'sommarie

⁸² Corso, *L'ordine pubblico*, p. 137.

informazioni [anche] senza la presenza del difensore'. Questo allargamento dei poteri di una parte non fu seguita dal contestuale irrigidimento delle garanzie dell'altra, tant'è che “l'esclusione di qualsiasi rilevanza processuale per tutto ciò che fosse stato appreso dagli organi di polizia giudiziaria [...] non riuscì affatto a dissipare completamente i dubbi di quanti paventavano nella suddetta disciplina un meccanismo che consente alla polizia, al di fuori di un sostanziale controllo del magistrato, lo svolgimento in stile confidenziale e segreto, di una espunzione di dati, direttamente dall'inquisito”.⁸³

Infine ultima forzatura entro i limiti del dettato costituzionale è stata posta in essere con l'art. 7 del d.l. n° 625/79, col quale viene consentito agli ufficiali di trattenere nei propri uffici i fermati ben oltre il 'tempo strettamente necessario per i primi accertamenti' senza comunque mai superare il limite delle quarantotto ore dall'assunzione della misura. Entro tale limite gli ufficiali sono tenuti ad informare l'autorità giudiziaria e nelle successive quarantotto ore devono avvisare la stessa delle risultanze delle indagini svolte. Autorevole dottrina nota come tale ultimo colpo inferto alla tutela difensiva del fermato sembra diretto a “*voler assicurare* la polizia sul fatto che, almeno per due giorni, potrà attivarsi senza alcun controllo”⁸⁴. Veniva quindi posto in capo al pubblico ministero l'onere di procedere 'immediatamente a sommario interrogatorio' dietro avviso del difensore di fiducia o, in assenza, dopo nomina del difensore di ufficio.

⁸³ Allegri, *L'interrogatorio informale di polizia nei confronti dell'indiziato*, GP, 1981, III, p. 57, in L. Bresciani, *Fermo*, Dig. Delle Disc. Pen., Vol V, Utet, 1991, p. 220.

⁸⁴ Marzaduri, *Fermo*, in NN.D.I., *App.*, III, Torino, 1982, cit., p. 697.

Il legislatore, guardando con attenzione allo scopo dall'interrogatorio svolto durante la fase delle indagini preliminari, che si esplica nella ricerca delle “determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”⁸⁵, lo qualifica come *sommario* per non correre il rischio di creare un ostacolo alle predette determinazioni. Sarebbe contraddittorio che la legge indicasse un obbiettivo da raggiungere mediante le indagini preliminari e contemporaneamente prevedesse atti che ne intralcino il conseguimento⁸⁶, a sottolineare “la non ammissibilità dell'atto ad un vero e proprio interrogatorio come strumento tipico di una fase già processuale”⁸⁷. Nonostante tale atto rimanga di prevalente natura difensiva, non è prevista la presenza del legale come condizione di validità dell'interrogatorio, trovando priorità l'esigenza di “non favorire il verificarsi di situazioni di inefficacia [...] del fermo per mancata convalida in termine, realizzata mediante l'impiego di tattiche dilatorie”⁸⁸. Viene comunque delineato un “contenuto minimo”⁸⁹, ex art. 395 comma 2 prog., per cui 'il pubblico ministero informava il fermato del fatto per cui si procedeva, degli elementi a suo carico e dei motivi che avevano determinato la misura, invitandolo a dichiarare o ad eleggere il domicilio per le notificazioni'.

Conclusosi l'interrogatorio l'art. 397 disponeva il termine perentorio di ventiquattro ore, da ricevimento del verbale di

⁸⁵ A. Malinverni, *Indagini preliminari e atti di istruzione*, cit., c. 447 s.

⁸⁶ *Ididem*

⁸⁷ *Relazione*, cit., p. 344.

⁸⁸ *Relazione*, cit., pp. 344-345.

⁸⁹ *Relazione*, cit., p. 344.

fermo, entro il quale il pubblico ministero doveva presentare il fermato dinanzi al giudice istruttore, il quale era chiamato a pronunciarsi sui “provvedimenti [relativi alla] libertà personale e [allo] svolgimento del processo”⁹⁰. Lo svolgimento di tale attività da parte del p.m. equivaleva all'esercizio dell'azione penale, per tanto è obbligo del pubblico ministero la notifica, attraverso avviso orale, sia al fermato che al difensore presente all'interrogatorio, del giorno e dell'ora della presentazione dinanzi a giudice istruttore. Qualora il difensore non fosse presente all'interrogatorio e vi fosse nel procedimento la partecipazione della persona offesa, “di cui risultino agli atti l'identità e il domicilio, l'avviso è notificato [a lui] con il mezzo più rapido di cui si dispone”⁹¹. L'omessa presentazione del fermato al giudice istruttore entro le ventiquattro ore comportava l'inefficacia del provvedimento, salvo il caso in cui la mancanza dello stesso non fosse direttamente dipesa da volontà o dal verificarsi di fatti incidenti sul comportamento del fermato, in tal caso “il giudice istruttore decideva ugualmente sulla libertà personale, senza la presenza del suddetto”⁹².

Si chiude l'art. 397 prevedendo all'ultimo comma l'obbligo per il pubblico ministero che abbia concluso le indagini preliminari nei confronti di persone libere, di notificare alla stesse l'avviso contenente la data dell'udienza preliminare, fuoriuscendo cos' dallo svolgimento del procedimento di convalida della misura cautelare e rientrando nell'ordinario procedimento penale.

⁹⁰ Art. 397, commi 1 e 3, prog. da www.normattiva.it

⁹¹ Art. 397, commi 2 e 3, prog. da www.normattiva.it

⁹² Art. 397, comma 4, prog., da www.normattiva.it

Fase ultima di tale procedimento pre-processuale riguarda la convalida del provvedimento di fermo, così come indicato dalla direttiva 32 della legge delega n° 108, il progetto prevedeva che la stessa si svolgesse in contraddittorio tra le parti, per cui mancando il difensore provvedeva il giudice istruttore alla nomina d'ufficio, invitando poi il pubblico ministero a “indicare le circostanze e i motivi del fermo, e a formulare le richieste in ordine alla libertà personale”⁹³, sentiva poi il difensore e l'indiziato su quanto esposto dal p.m..

Necessita precisare come nel Progetto Preliminare si distingue la pronuncia del giudice istruttore in due parti, una prima riguardante la convalida del fermo e la seconda inerente l'eventuale necessità di assumere misure di coercizione personale. La convalida veniva pronunciata con ordinanza, previa verifica dell'effettiva esistenza dei presupposti di legittimità del fermo: rispetto dei termini, trasmissione del verbale, rispetto delle modalità per la traduzione del fermato nella casa circondariale e per la presentazione al suo cospetto. Col medesimo provvedimento si poteva convertire il fermo in una delle misure cautelari previste dalla legge, sempre se ne ricorrevano i presupposti, altrimenti nell'impossibilità di convalidare la prima misura e disporre la seconda, si doveva provvedere a dichiarare l'immediata liberazione del fermato.

Risulta che nonostante materialmente si tratti di un'unica ordinanza, il contenuto risulta nettamente indipendente e separato, per cui il controllo di legittimità formale sull'operato

⁹³ Art. 398 comma 1, prog. da www.normattiva.it

della polizia giudiziaria e del pubblico ministero durante il fermo, non influenza l'adottabilità della misura cautelare coercitiva, si precisa che “possono esservi casi di convalida non seguita dall'adozione di alcuna misura, o comunque, non seguita dall'adozione della custodia provvisoria; così come possono esservi casi di mancata convalida [..], e di contemporaneo mantenimento dello *status detentionis*, stante la presenza di tutti gli elementi per disporre la custodia”⁹⁴.

Nell'art. 399 il legislatore, per ovviare ad esigenze di economia processuale, ha inserito anche l'espletamento da parte del pubblico ministero di formulazione dell'imputazione e di eventuali richieste al giudice istruttore, quali la richiesta di giudizio immediato, di atti di istruzione o di pronuncia di sentenza di proscioglimento. Nella pratica però appariva difficile dare seguito in un'unica udienza a tali provvedimenti per motivi tecnici, si è osservato come anche il dover esercitare l'azione penale nell'udienza di convalida mal si conciliava con l'esiguità del termine a disposizione del pubblico ministero per svolgere indagini, le quali, “avranno trovato svolgimento, in anticipo, di modo che le ventiquattro ore del fermo completeranno, magari al limite del trentesimo giorno, un più lungo periodo indagatorio”⁹⁵.

Desta perplessità anche la previsione che in tale fase, priva di indagini preliminari, il pubblico ministero possa durante l'udienza di convalida “esercitare – anche – l'azione penale pur in

⁹⁴ *Relazione*, cit., pp. 346-347.

⁹⁵ G. Conso, *Sul temuto depotenziamento del pubblico ministero*, in *Giust., pen.*, 1978, I, c. 363.

manca di seri indizi”⁹⁶, non manca chi invece obietta che “anche in tali ipotesi l'azione penale sarà esercitata in presenza di seri indizi, dal momento che il fermo è rigorosamente ancorato al parametro della gravità degli indizi e potrà, quindi, operarsi soltanto nei confronti di un soggetto al quale si riconduce e si riallaccia la commissione del reato in virtù di una serie di circostanze obiettivamente gravi, il cui coordinamento porta direttamente a ritenere che, con estrema probabilità la persona sia autrice del reato”⁹⁷. Sulle richieste del p.m. il giudice istruttore pronuncia sentenza di proscioglimento o ordinanza di giudizio immediato, salvo procedere egli stesso ad atti di istruzione ex artt. 413-429 prog.

Qualora lo svolgersi dell'udienza di convalida, così come concepita dal Progetto, risultasse lesiva del diritto di difesa del fermato o di altra persona indiziata, sarà possibile procedere ad una separazione dell'udienza di convalida. Poteva essere richiesta dal giudice istruttore con rinvio nel caso di mancato avviso del difensore, nel caso in cui il fermato non fosse stato tradotto in udienza, fuori dai casi di rifiuto a comparire, ovvero quando altri indiziati liberi non potevano comparire per legittimo impedimento ovvero rinunciassero espressamente a presenziare ovvero nelle ipotesi in cui risultasse necessario assicurare nei loro confronti il contraddittorio. In tutti questi casi era data facoltà al giudice di operare un rinvio, con svolgimento dell'udienza entro dieci giorni ex art. 399, comma 5.

⁹⁶ P. Nuvolone, *Osservazioni sul progetto preliminare*, cit., p. 198.

⁹⁷ L. Russo, *Prime osservazioni*, cit., p. 347.

1.5.3 La seconda legge delega.

Trascorsero altri nove anni e il Parlamento si riunì per approvare l'ennesima legge delega, la l. 16 febbraio 1987 , n°81. In questa i punti posti a fondamento del nuovo codice si concentrano sul recepimento della disciplina internazionale e sull'esigenza di tornare ad un sistema di tipo accusatorio.

Guardando al Libro V del codice le maggiori innovazioni sono miranti a risolvere le ambiguità nascenti dalla coesistenza del giudice istruttore, con poteri inquisitori, e del pubblico ministero con attribuzione di poteri coercitivi e di formazione della prova⁹⁸ Vengono inseriti al punto 32 come limitativi dell'ambito di operatività del fermo i *gravi delitti*, mentre viene ribadita la necessaria presenza dei *gravi indizi* e del fondato *pericolo* di fuga.

Nell'ultimo elemento si vede sostituire l'accezione *sospetto* con *pericolo*, intendendo la volontà del legislatore di non legare la misura ad un concetto dubbio e fumoso come l'incertezza e l'improbabilità che un determinato evento si verifichi, ad una terminologia che “per logica antinomia, esclude la certezza; e il carattere della fondatezza non può inerire che ad un accertamento. Il sospetto sarà fondato solo quando sarà stato accertato; in questo caso, e solamente in questo, si trasformerà in realtà controllata, cioè in certezza”⁹⁹.

⁹⁸ In *Relazione al progetto preliminare*, in Supplemento ord., n° 2, alla “Gazzetta Ufficiale” n° 250 del 24 ottobre 1988, p. 81.

⁹⁹ C.U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale*, cit., pp. 120-121.

Si legittima anche il pubblico ministero ad operare il fermo, recependo quanto previsto nel progetto del 1978, posto che “si è ritenuto opportuno che il pubblico ministero, dal quale dipende direttamente la polizia giudiziaria, e che dirige le sue indagini, debba avere almeno il potere di disporre il fermo degli indiziati nei casi previsti per la stessa polizia giudiziaria, poiché sarebbe assurdo che soltanto quest'ultima avesse questo potere e non anche il pubblico ministero che la dirige, fermo restando, naturalmente, che il fermato deve poi essere presentato per la convalida nei termini prescritti come in linea generale, le successive direttive precisano”¹⁰⁰.

Viste le esigenze di affidare il controllo sulla legittimità dell'adozione della misura e la creazione di un titolo costitutivo della restrizione della libertà personale, ad un organo che sia terzo rispetto alle attività investigative, appare ovvio che la scelta sulla competenza sia caduta sull'organo giurisdizionale: il giudice istruttore quale unico detentore del potere di convalida del fermo, prende forma la c.d. *Giurisdizionalizzazione dell'istituto della convalida*¹⁰¹.

¹⁰⁰ Intervento del sen. Ricci, in *Senato della Repubblica, IX Legislatura, Assemblea*, seduta del 20 novembre 1986, p. 59.

¹⁰¹ Durante i lavori parlamentari si propose di affidare il potere di convalida della misura direttamente in capo al p.m., al fine di ottenere “una maggiore snellezza del procedimento, senza sostanzialmente intaccare il principio della garanzia difensiva, e a dare al giudice del dibattimento la possibilità di valutare tutto il materiale raccolto nelle preliminari indagini senza preclusione di sorta”, giustificandola “perché, tenuto conto dell'attuale organizzazione degli uffici giudiziari, il pubblico ministero si trova nelle condizioni di poter intervenire con la necessaria sollecitudine che il tipo di provvedimento esige”, sia “perché l'intervento in materia del giudice si risolverebbe in un ritardo nella valutazione dei requisiti di legittimità del provvedimento restrittivo”. In *Camera dei deputati. IX Legislatura, Relazione* dell'on. Casini alla proposta di legge n° 196, p. 1; e intervento alla Camera dell'on. Casini, *Camera dei Deputati, IX Legislatura, Discussioni*, seduta del 26 giugno 1984, 14906.

Importanti novità vengono introdotte in tema di interrogatorio da parte del pubblico ministero, in primo luogo non si prevede più l'obbligo ma bensì la *facoltà* di procedere; in secondo luogo non viene più aggettivato come 'sommario' “poiché le finalità dell'interrogatorio debbono rinvenirsi sia nella funzione difensiva cui l'atto assolve, sia in quella della raccolta di elementi che occorrono per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, si è ritenuto, in conformità, del resto, con la delega, di non aggettivare l'interrogatorio come 'sommario', tenuti presenti anche i dubbi di compatibilità con l'art.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con l'art.9 n° 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che l'uso di quell'attributo aveva fatto sorgere”¹⁰².

Viene poi al punto 5 stabilito l'obbligo dell'*immediato* avviso alla persona fermata del suo diritto a nominare un difensore di fiducia; in ultimo è stato aggiunto al punto 31 la direttiva che consente alla polizia giudiziaria l'assunzione 'sul luogo o nell'immediatezza del fatto, anche senza la presenza del difensore, di notizie ed indicazioni utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini, con divieto di ogni documentazione e utilizzazione processuale, anche attraverso una testimonianza della stessa polizia giudiziaria'.

¹⁰² In Ministero di Grazia e Giustizia. *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni. Relazione*, Roma, 1988, n° 93, p. 98.

1.5.4 Il codice del 1989.

Il nuovo codice, di natura mista, fu emanato con decreto del Presidente della Repubblica n°447 del 22 settembre 1988 ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989.

L'attuale codice di procedura penale, il codice Vassalli, si ispira ai principi fondamentali scolpiti nella nostra carta costituzionale, i quali tendono tutti a garantire ai soggetti chiamati in causa lo svolgimento di un 'giusto processo'.

Il processo per esser giusto, ex art.111 Cost., non solo deve inserire il suo svolgimento in un arco temporale ragionevole, ma deve permettere che siano predisposte tutte quelle misure atte a garantire il diritto di difesa dell'imputato, il diritto di entrambe le parti ad ottenere una sentenza che sia giusta in quanto emanata da un'autorità giudiziaria che sia competente, imparziale e che sia *naturale e precostituita per legge* ex art. 25 Cost..

Per quel che riguarda le misure restrittive della libertà ante iudicatum, portando avanti l'evoluzione terminologica iniziata con la l. n°398/1984, in forza della quale “l'espressione *carcerazione preventiva* doveva esser sostituita dall'espressione *carcerazione provvisoria*”¹⁰³, si inseriscono nel codice le misure di custodia cautelare: singoli istituti con i quali si realizzano diverse forme di limitazione della libertà personale ispirate ad esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica che mal si combinano con il disposto dell'art. 27 della Costituzione, che al

¹⁰³ E. Marzaduri *Custodia cautelare nel diritto processuale penale. - Digesto delle discipline penali*, vol II, p. 281.

secondo comma sancisce il principio di non colpevolezza¹⁰⁴. Tale aspetto di contraddittorietà sembra esser destinato a perdurare nonostante il legislatore si sia sforzato di ridurlo ai minimi termini inserendo l'obbligo di motivazione da parte dell'autorità che emana il provvedimento coercitivo, infatti “la motivazione del provvedimento restrittivo si esaurisce o rischia di esaurirsi in una valutazione anticipata di reità, con il risultato che l'esigenza di assicurare una netta demarcazione tra la custodia cautelare e l'esecuzione della pena detentiva viene frustrata dalla sostanziale identità dei presupposti che possono legittimare le due situazioni”¹⁰⁵.

¹⁰⁴. Art. 27, comma 2 “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva” Costituzione.

¹⁰⁵. In E. Marzaduri *Custodia cautelare nel diritto processuale penale. - Digesto delle discipline penali*, vol II, p. 285.

CAPITOLO II

IL FERMO DI INDIZIATO DI DELITTO O PROCESSUALE

2.1 Natura e collocazione del fermo.

La definizione non giuridica di fermo rispecchia nella pratica quello che è il primo e fondamentale effetto della misura: l'impossibilità momentanea di effettuare un qualsiasi movimento; giuridicamente si traduce nel disposto dell'art.384 c.p.p. che già dalle prime battute definisce il fermo come 'la privazione, temporanea, della libertà'.

Trattandosi di un provvedimento eccezionale, i limiti applicativi trovano fondamento nella esplicazione dei principi di riserva di legge e di giurisdizione, rispettivamente per ciò che riguarda la “tassatività dei casi di privazione *ante iudicium* della libertà”¹⁰⁶ e “nell'attribuire all'autorità giurisdizionale la competenza esclusiva ad applicare le misure restrittive”¹⁰⁷.

L'incidenza del provvedimento sulla libertà personale induce a immediate assimilazioni e confronti con le misure cautelari, tanto da pensare ad una sistematica collocazione nel codice di rito; nell'effettivo invece il legislatore ha scelto di collocare le misure precautelari nel Libro V, Titolo VI dedicato alle 'Indagini preliminari e udienza preliminare', allo scopo di “sottolineare la finalità investigativa e assicurativa di tale misura, [più della] sua

¹⁰⁶ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Terza ed., Padova, Cedam, 2000, p. 228.

¹⁰⁷ *Ibidem*

inerenza al tema della libertà personale”¹⁰⁸.

L'aver creato un muro divisorio, tra la tutela apprestata alla limitazione della libertà nel dettato sulle misure cautelari e l'applicazione del fermo, provoca non pochi dubbi in dottrina, si osserva come “l'aver separato istituti tra loro omogenei, e non vi è alcun dubbio che lo siano, nuoce al sistema, poiché avendo la stessa funzione, questo dislocamento la occulta”¹⁰⁹. Inoltre non è mancato chi ha osservato che le connessioni non riguardano solo l'aspetto funzionale e l'oggetto al centro della tutela, bensì che “il potere–dovere di arresto e fermo è collegato ad esigenze e criteri di discrezionalità vincolata e di adeguatezza analoghi a quelli delle altre misure cautelari personali”¹¹⁰.

A sostegno della scelta legislativa si adopera maggiormente il criterio funzionale, secondo il quale le misure precautelari sono “misure coercitive tipiche della fase delle indagini preliminari”¹¹¹ per cui risiede nelle stesse una vera e propria diversità funzionale rispetto alle misure cautelari, per cui le misure *de quibus* incidono strutturalmente più sulla dinamica operativa delle indagini che sulla libertà personale dell'individuo, oltre ad essere strumenti la cui tipica funzione è preordinata alla corretta applicazione delle misure cautelari personali vere e proprie¹¹².

Le similitudini strutturali che riscontriamo tra la figura del fermo

¹⁰⁸ L. D'Ambrosio, P.L. Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Quarta ed., Padova, Cedam, 1993, p. 413.

¹⁰⁹ F. Cordero, *Procedura penale*, seconda ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 455.

¹¹⁰ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale*, n° 250 del 24 ottobre 1988, *Supplemento ordinario*, n° 2, p. 95.

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 379 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 348.

e le indagini preliminari riguardano, oltre che la fase di attivazione, anche i soggetti chiamati ad agire. Quando parliamo di fermo di indiziato di reato il legislatore individua legittimati ad operare il pubblico ministero, ex art. 384, 1° co., lo stesso organo che sappiamo essere alla guida delle indagini preliminari, e la polizia giudiziaria, anch'essa organo di rilevante importanza nei momenti anteriori al processo.

2.2 Le indagini preliminari e la notizia di reato.

La seconda parte del codice dedicata alle indagini preliminari detta al primo articolo, il 330 titolato Acquisizione delle notizie di reato, che 'Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti'; nonostante la collocazione non di apertura della norma all'interno del codice, bisogna sottolineare come la notizia di reato sia la scintilla del procedimento penale, la sola che può legittimare il pubblico ministero e la polizia giudiziaria a compiere tutti gli atti ricompresi nelle indagini preliminari.

Lo stesso procedimento penale è suddivisibile in due momenti caratterizzati dalla diversità di poteri di cui godono i soggetti attivi, polizia giudiziaria e pubblico ministero. Di fatto fino alla reale iscrizione della notizia di reato nel registro ex art. 335 c.p.p., ci muoviamo nel terreno delle investigazioni e solo dopo si potrà parlare di indagine. Durante le investigazioni le attività

di polizia e del p.m. risultano notevolmente ridotte soprattutto nell'ambito coercitivo. Rientrano nella legittima attività investigativa l'assunzione di sommarie informazioni ex art. 351 o “altre attività atipiche aventi identico scopo informativo come la richiesta di informazioni o documenti da parte della Procura nei confronti di terzi, compresa la pubblica amministrazione”¹¹³, mentre sono escluse tutte le attività cui esplicitamente si richiede l'utilizzo di poteri autoritativi quali intercettazioni, ispezioni, perquisizioni, sequestri e tutti gli “atti condizionati dall'assunzione della qualità di *persona sottoposta ad indagini*”¹¹⁴. Queste ultime sono azioni di prassi largamente utilizzate e fondamentali per il proseguimento della fase investigativa vera e propria. Secondo quanto detto nella Relazione Ministeriale al codice, in aderenza alla direttiva 37 della legge delega del 1987, le indagini preliminari “servono a delibare la *notitia criminis* al fine di configurarla entro una precisa imputazione e di scegliere un tipo di domanda da proporre al giudice competente”¹¹⁵.

Essendo la notizia di reato la *conditio sine qua non* del procedimento penale, è utile darne una definizione che tenga conto degli sviluppi storico-sociali che hanno portato la figura ad evolversi sino a come la conosciamo.

Partendo dalla dottrina del XIII sec., ci si imbatte in Alberto Gandino che nel suo *Tractatus de maleficiis*, affrontando il tema

¹¹³ F. Cassiba, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in Dig. Pen., agg. II, Torino, 2004, pag. 516.

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ *Gazzetta Ufficiale*, 24-10-1988, supplemento ordinario n°2 in Isabella Di Lalla, *Notizia di Reato, Dig. Delle Disc. Pen.*, vol. x, pag. 261.

dei presupposti della *inquisitio specialis*, ossia dell'imputazione, suppone che l'attività inquisitoria sia mossa o dal giudice che procede ad inquirendum o sia il frutto dell'azione della vittima stessa o di un terzo, oppure in ultimo sia il frutto del pentimento o dell'autodenuncia di colui che si “suppone”¹¹⁶ abbia commesso il fatto.

Qualche secolo dopo gli stessi identici presupposti vengono posti a fondamento della *notitia criminis* anche da Giuseppe Claro nel Liber quintus sententiarum receptarum, della seconda metà del sec. XVI, il quale scrive di come “il giudice non deve né può procedere né assumere informazioni contro qualcuno se non sussiste un elemento che apra la via all'inquisizione; potrà trattarsi della voce pubblica, della querela di parte, di una denuncia, o di eventi consimili. In assenza di un presupposto del genere il processo è in radice nullo, e rimane tale anche se poi il delitto dovesse risultare pienamente provato”¹¹⁷. Nella pratica quindi il giudice è chiamato a dedurre, dagli elementi probatori che ha a disposizione e dalle dichiarazioni dei teste, il nome della persona contro la quale proseguire l'inquisizione.

Appare da tale dottrina e pratica investigativa che un ruolo fondamentale viene svolto dagli 'indizi' raccolti contro una, più o meno, definita persona, ed è proprio sulla nozione e determinatezza dell'indizio che si interroga una parte della dottrina anglosassone e tedesca. Tra i vari possiamo citare

¹¹⁶ Nonostante l'inizio delle indagini possa esser dettato da un mea culpa, non può basarsi solo su questo elemento la procedibilità dell'accusa, è necessario infatti indagare per raccogliere altri elementi che sommati all'ammissione provino l'effettiva reità del soggetto.

¹¹⁷ Isabella Di Lalla, *Notizia di Reato, Dig. Delle Disc. Pen.*, vol. X, pag. 259.

Ippolito Marsili, Claro, Menochio e Farinaccio, i quali sembrano convergere nella tesi che la regola “della nullità *dell' inquisitio* qualora mancano gli indizi”¹¹⁸ appare indeterminata perché priva della precisazione circa il contenuto dell'indizio.

Ci si interroga su cosa sia definibile come indizio, se sia sufficiente un indizio di tenue entità per fondare la legittimità dell'inquisizione mentre mancano le direttrici per l'univoca valutazione degli stessi. Il Farinacci afferma perentorio a chiusura del discorso che “non v'è che l'arbitrio del giudice: fuori di ogni tipologia, si inquisisce chi, come, quando si crede”¹¹⁹.

Nel codice pre-costituzionale, oggi abrogato, ancora forte era l'influenza del modello inquisitorio. In particolare, vi troviamo un pubblico ministero e un pretore agenti dietro denuncia, rapporto, referto, querela, istanza o richiesta di parte o anche a seguito di 'altra notizia di reato', art. 1 c.p.p., intendendosi nella pratica passibile come legittima notizia ogni avvenimento notorio, voci collettive, comunicazioni pubbliche rese attraverso giornali o strumenti radiotelevisivi, comunicazioni private a cui abbia preso parte l'inquirente e infine ogni fatto noto al magistrato¹²⁰. Lo stesso può dirsi delle forze di polizia che ex art. 219 c.p.p., abrogato, erano obbligate a 'prendere notizia dei reati'; perfino gli scritti anonimi che non equivalgono a denuncia possono stimolare gli investiganti e dare inizio alle indagini.

¹¹⁸ Tale posizione viene riconfermata in pieno barocco sassone da Benedict Carpzov nella “*Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*”, asserendo inoltre che la nullità si estende a tutta la sequenza di atti successivi.

¹¹⁹ Isabella Di Lalla, *Notizia di Reato, Dig. Delle Disc. Pen.*, vol. x, pag. 260.

¹²⁰ Da questo articolo la dottrina prende spunto per dividere le notizie di reato in qualificate e non qualificate, per cui nella prima dicitura vi rientreranno i rapporti, i referti e le denunce, mentre quelle acquisite in altro modo saranno non qualificate.

Dalla normativa citata deduciamo che per il legislatore del 1930 qualsiasi fatto, purché non visibilmente falso o erroneo o manifestamente infondato, può portare all'imputazione, in quanto è solo nella fase della formazione dell'accusa che viene richiesta la “probabilità del reato”¹²¹ in assenza della quale dovrebbe propendersi per l'emanazione della sentenza di proscioglimento, o nel caso di infondatezza, all'assoluzione.

Con l'entrata in vigore della Costituzione non è più pensabile una nozione di notizia di reato che faccia perno su una concezione dell'individuo e del ruolo assunto dallo Stato, nel rapportarsi con lo stesso, avulsa dai principi sanciti dai costituenti. Bisogna quindi rapportarsi all'istituto con una nuova visuale che ponga come essenziale il raffronto con i principi posti a reggenza del processo penale. In primis il principio di legalità, ex art. 25 comma 2 Cost.: 'Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso'; se ne deduce come primo elemento oggetto della notizia di reato il *fatto* che “assume il significato pregnante di fatto offensivo di beni giuridici sicché si può punire l'uomo non per ciò che è o vuole , ma solo per ciò che fa”¹²².

Secondo l'orientamento sopra espresso la notizia di reato viene a corrispondere perfettamente al reato e agli elementi che ne individuano la materialità, condotta e/o evento, per cui non è necessario l'avverarsi di tutti gli elementi definitivi della fattispecie criminosa ma solamente di quelli relativi al

¹²¹ Isabella Di Lalla, *Notizia di Reato, Dig. Delle Disc. Pen.*, vol. x, pag. 260.

¹²² Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale* 3° ed., Milano, 2001, pag. 484.

frammento più significativo. Altra dottrina ritiene, invece, che “la notizia di reato, per essere suscettibile di iscrizione e, soprattutto, determinare quegli esiti processuali e procedurali che la legge vi ricollega deve esprimere, al minimo, quanto possa valere a ricondurre il comportamento di cui – mediante la stessa notizia – si assume la verifica, negli esatti termini di una fattispecie espressamente prevista dall'ordinamento sostanziale. E tutto questo, [...], si avrebbe quando, nella notizia, siano rintracciabili i tratti minimi percettibili e ineliminabili del fatto di reato, costituiti dalle componenti del suo c.d. elemento oggettivo, notoriamente rappresentati da condotta, evento e dal nesso di causalità intercorrente tra i primi due”¹²³.

Sempre il principio di legalità individua la regola per cui nessuno può essere punito per un fatto materiale che non era previsto come reato da una legge già in vigore al momento della commissione dello stesso. Deve esser rispettato sia il principio di materialità, “espresso nella massima ulpiana del *cogitationis poenam nemo patitur* o con quella più moderna del *nullum crimen sine actione*, secondo la quale può essere reato solo il comportamento umano materiale estrinsecatesi nel mondo esteriore e, perciò, munito di una sua corporeità percettibile ai sensi”¹²⁴, sia il principio di tassatività secondo il quale si può esser puniti solo per fatti già legislativamente previsti in modo chiaro, solo in tali ipotesi può essere legittimamente avviata la

¹²³ Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 1999, pag 174.

¹²⁴ Mantovani, *Diritto Penale*, 5^aed., Padova, 2007, pag 119.

macchina processuale.

Posto che il legislatore nel dettare le norme per l'attuale codice di procedura penale non si sia interessato di dare una precisa definizione della notizia di reato, risulta ancora necessario rifarsi alla dottrina e alla giurisprudenza per dedurre gli elementi qualificatori dell'istituto. Prendendo le mosse dalle poche pronunce esistenti in giurisprudenza, si noti come la Corte di Cassazione si è espressa univocamente sulle questioni relative all'obbligo del pubblico ufficiale di denunciare il fatto delittuoso.

La Corte nella sentenza n° 5793 del 10 maggio 1988 ha rilevato che “il pubblico ufficiale non può dirsi vincolato all'obbligo del rapporto sino a quando non sia in grado di individuare gli elementi di un reato e di acquisire ogni altro elemento utile per la formazione del rapporto stesso”¹²⁵, e che lo stesso si considera liberato dall'onere solo in caso di insussistenza del reato, non essendo tenuto a valutazioni personali circa la sussistenza o meno di cause estintive o di non punibilità del fatto¹²⁶.

La disamina della dottrina risulta invece più ampia e le prime obiezioni vengono mosse contro la definizione che pone la notizia criminis come “fatto costituente reato”¹²⁷, in quanto non risulta plausibile e logico definire il fatto già come reato, quindi implicitamente adducendo la colpevolezza dell'indagato, in un

¹²⁵ P. Dubolino, cit., pag 495.

¹²⁶ Cass. Sent. n. 1244 del 1986 in *ibidem*.

¹²⁷ Leone e Bellavista, cit., senza ulteriori indicazioni, da Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, 1966, pag.30 in P. Dubolino, cit., pag 495.

momento antecedente all'emanazione della sentenza che, risultando da un processo imperniato sul rispetto delle garanzie costituzionali, non per ultime quelle dettate dall'art.111 Cost., è l'unico atto legittimato a definire il fatto reato e a fondare l'accusa di colpevolezza del reo.

Una corrente dottrinale facendo proprie dette deduzioni pone a definizione della notizia di reato “un fatto che, presentandone l'apparenza, giustifichi un sospetto di reato”¹²⁸, tale deduzione è tanto più giusta se si tiene conto che la legge processuale non richiede la corrispondenza ad un modello legale d'incriminazione.

Altra parte della dottrina, guardando agli aspetti più concreti della notizia di reato, pone l'accento sul“l'embrione della ipotetica domanda penale”¹²⁹, dalla quale si ricava la fisionomia dell'organo legittimato a chiedere. Ex art 330 c.p.p. ricaviamo che i soggetti ai quali portare all'attenzione la notizia sono indistintamente il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, debellando così, il nuovo codice, l'iniziale corrente dottrinale che poneva il pubblico ministero quale unico soggetto legittimato a chiedersi se sussistesse il sospetto, mentre la polizia giudiziaria era relegata a ruolo di mero braccio esecutore degli ordini dell'inquirente o quale filtro-trasportatore delle informazione assunte.

Altro elemento la cui conoscenza sembrerebbe logicamente

¹²⁸ Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, 1966, gli autori si rifanno nella loro opera a quanto enunciato da Carnelutti il quale identifica il “germe del processo penale non nella notizia ma nel sospetto del reato” Dubolino, cit., pag 497.

¹²⁹ Cordero, *Procedura Penale*,cit., pag 394.

essenziale ai fini della correttezza della notitia è l'identità dell'autore del fatto. Ciò non può essere che erroneo in quanto è lo stesso legislatore nel codice a prevedere la circostanza che si abbia conoscenza del fatto senza esser ancora in grado di fornire le generalità dell'autore, e questa eventualità è alla base di una distinzione tra notizia di reato con autore noto e notizia con autore ignoto, dalla quale scaturisce un doppio binario nella prassi caratterizzata dalla predisposizione di un doppio registro e di un *metus operandi* distinto.

Dalla marginale importanza che il legislatore dà all'immediata qualificazione del soggetto attivo del reato deduciamo l'irrilevanza ai fini dell'iscrizione dell'elemento psicologico tipico del reato, per cui tutte le informazioni che ruotano intorno alla colpevolezza dell'imputato e alla gravità del reato saranno rilevanti in sede processuale per la valutazione delle prove assunte durante le indagini, ma appaiono irrilevanti ai fini della notitia criminis.

Per giungere all'individuazione di una cornice legislativa che ci permetta di non incorrere in errori nell'individuazione della notitia criminis, ci avvaliamo anche di quanto troviamo nella Circolare 21 aprile 2011 - Utilizzazione del registro degli atti non costituenti notizie di reato¹³⁰- nella quale vengono dettate direttive sull'utilizzo del cosiddetto Modello 45, il registro predisposto per l'iscrizione, “con l’indicazione della data e del contenuto, [di] tutti gli atti ed informative che non debbano essere iscritti nei registri delle notizie di reato relativi a persone

¹³⁰ Dal sito <http://www.giustizia.it>

note o ignote: tutti gli atti ed informative, cioè, del tutto privi di rilevanza penale (esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa; esposti privi di senso, ovvero di contenuto abnorme o assurdo; atti riguardanti eventi accidentali, ecc.)”¹³¹.

Dalla suddetta nota ministeriale appare evidente come tutt'ora sia non lineare il rapporto tra i due modelli di registri, rispettivamente quello per le notizie di reato e quello per le non notizie, soprattutto qualora si verifichi l'esigenza del p.m., ex art. 109 disp. Att. c.p.p., di mutare una non notizia già iscritta in una reale notitia criminis, a causa del pervenire di successivi elementi probatori. Si ribadisce come la valutazione spetti solo al pubblico ministero, al quale attiene anche il compito di emarginare i casi di 'ripensamento', non solo al fine di assicurare correttamente, nel modo più completo possibile, il vaglio giurisdizionale sulla valutazione della notitia criminis e sull'esito infruttuoso delle indagini, secondo la previsione dell'art. 112 della Costituzione (in forza del quale devono essere rimesse al giudice le determinazioni in merito all'insussistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio dell'azione penale), ma anche per consentire un concreto ed efficace controllo amministrativo delle pendenze e delle spese di giustizia.

La notizia di reato una volta venuta materialmente ad esistenza per essere rilevante ai fini procedurali deve esser conosciuta da soggetti qualificati, quali il pubblico ministero, che come vedremo è anche l'organo che predisporrà l'iscrizione nel registro, o la polizia giudiziaria che, ex art. 55 com. 1 c.p.p.,

¹³¹ *Ibidem*

'deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati'. Questa previsione che fa pensare ad una legittimazione al "procacciamento della notizia di reato"¹³² lascia interdetti sugli effetti che si possono ripercuotere nella prassi.

Sul punto la dottrina distingue tra chi ritiene che il potere attribuito al magistrato inquirente funga da deterrente contro il condizionamento politico della polizia giudiziaria e chi, invece, adducendo la irresponsabilità politica del p.m. si dice preoccupato dalla minaccia al principio di legalità e all'obbligatorietà dell'azione penale di fronte all'assenza di parametri normativi utili per valutare la correttezza delle scelte arbitrariamente effettuate dal pubblico ministero.

Superando tali preoccupazioni, codicisticamente le notizie di reato sono distinte in: 'qualificate', cioè disciplinate dalla legge e 'non qualificate' o 'atipiche'; tra le prime vi rientrano la denuncia e il referto, e nei casi in cui la legge lo preveda come condizione di procedibilità, la querela, l'istanza o richiesta, nonché le dichiarazioni orali o scritte qualora assunte dalla polizia giudiziaria.

Nella definizione di notizia non qualificata invece vi rientrano tutte quelle che provengono da strumenti di conoscenza diversi da quelli tipizzati dal legislatore, quali la percezione diretta dei fatti, la voce pubblica, la fonte confidenziale o giornalistica, ecc., ed anche le informazioni acquisite durante la fase investigativa circa un altro fatto. Ed è proprio tra le fonti atipiche della notizia di reato che si inseriscono le misure precautelari, sia l'arresto in

¹³² G. Conso, V. Grevi *Compendio di Procedura Penale*, 5° edizione, cit., pag. 504.

flagranza sia il fermo di indiziato di delitto eseguito dalla p.g..

Differentemente l'art. 335 c.p.p. rubricato 'Registro delle notizie di reato', stabilisce al primo comma che 'Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito'.

Analizzando questo primo comma il compito di iscrizione è soggettivamente demandato al pubblico ministero; la stessa iscrizione è caratterizzata dall'immediatezza, che risponde all'esigenza di individuare un termine non rigido¹³³ entro il quale il p.m. deve effettuare l'esame, la valutazione e l'individuazione del nome del soggetto da iscrivere nel registro degli indagati. Ciò non permette comunque di superare una delle fondamentali e imprescindibili funzioni dell'iscrizione che sarebbe quella di "garantire il rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari e presuppone che a carico di una persona nota emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti, e non di meri sospetti"¹³⁴.

Le iscrizioni avvengono presso gli uffici della Procura della Repubblica, a cui spetta la tenuta dei registri sia in formato cartaceo che informatico, in base al preciso ordine cronologico in

¹³³ Si precisa che il materiale momento dell'iscrizione può essere differito, anche di ore o giorni, qualora vengano in rilievo esigenze investigative tali da richiederlo.

¹³⁴ Perrotta G., *L'iscrizione della notizia di reato e le sue patologie*, in *Diritto processuale penale* del 17/05/2012, dal sito <http://www.diritto.it/>

cui vengono comunicate le notizie all'ufficio.

Nel registro vanno indicati tassativamente ai fini della validità dell'iscrizione: a) il numero d'iscrizione del procedimento; b) la fonte della notizia di reato; c) il titolo di reato, con correlazione del luogo e della data di commissione; d) le generalità della persona indagata e della persona offesa¹³⁵. Al comma terzo dell'art. 335 si stabilisce poi l'obbligo per l'autorità giudiziaria che 'le iscrizioni previste ai commi 1 e 2 [siano] comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta'. La suddetta possibilità di comunicabilità con i soggetti interessati del procedimento può trovarsi tuttavia a collidere con le esigenze di segretezza delle indagini, nascente dalla volontà dell'autorità di evitare che la conoscenza delle stesse da parte di soggetti direttamente o indirettamente interessati, comporti l'intralcio o il disturbo dell'accertamento dei fatti contraffacendo, alterando, sopprimendo o inquinando le prove.

L'equilibrio tra la garanzia del 'diritto alla conoscenza della pendenza del procedimento' e le esigenze investigative è sancito dall'art. 110-bis disp. Att. c.p.p., ove si prevede l'onere per il

¹³⁵ La Sent. Cass. Pen., Sez. I, n. 4795/1996 ha sancito che "*l'iscrizione nel registro delle notizie di reato del nome della persona alla quale questo è attribuito, per gli effetti che ne derivano ai fini del computo del termine di durata delle indagini e della utilizzabilità degli atti compiuti, postula la completa identificazione della stessa, non essendo sufficiente al riguardo la semplice indicazione del nome e del cognome. Ciò si ricava, tra l'altro, dall'art. 417, comma 1, lett. A), c.p.p., che, tra i requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio, indica le "generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgano a identificarlo"*.

pubblico ministero di vietare, attraverso l'apposizione del segreto, il rilascio degli atti certificati in due ipotesi determinate: in presenza di procedimenti per criminalità organizzata e per delitti di particolare gravità per i quali le iscrizioni non sono conoscibili, tanto che possono rimanere segrete fino ad un anno, o nel caso in cui sussistano particolari esigenze attinenti alle indagini, disponendo con decreto motivato il segreto sugli atti per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile¹³⁶.

La funzione principe dell'iscrizione ci appare evidente dalla sezione del momento processuale nel quale appaiono due avanzamenti alternativi tra loro: l'esercizio dell'azione penale, al seguito della quale inizierà la fase processuale, oppure la richiesta di archiviazione.

¹³⁶ In quest'ultimo caso la nota che comparirà sul registro riporterà la formula “*non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione*”, e secondo G. Perrotta la giustificabilità nell'apposizione del segreto è ravvisabile solo nel pericolo concreto dell'inquinamento delle prove qualora tale ostacolo alla conoscibilità degli atti non fosse posto, in G. Perrotta *L'iscrizione della notizia di reato e le sue patologie*, pubblicato in *Diritto processuale penale*, 2012, dal sito <http://www.diritto.it/> .

2.3 I presupposti per l'adozione: la questione della flagranza.

Il legislatore aprendo l'art. 384 con le parole 'anche fuori dai casi di flagranza', esclude immediatamente ed espressamente l'applicabilità del provvedimento in tutti quei casi in cui si verifica la flagranza propria o impropria, definendosi la prima come l'immediata commissione di un reato ad opera di una determinata persona e facendovi rientrare nella seconda tutti i casi della quasi-flagranza, ossia ex art. 382, prima parte, 'chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima'.

I maggiori interrogatori sono stati posti dalla dottrina circa la legittima adozione della misura anche in casi di presenza del requisito della fragranza. La maggior parte della dottrina ritiene che dovendosi tener conto dei principi che regolano la flagranza, e del favore di cui gode il principio di tassatività, la locuzione *anche* va intesa nel senso di “sebbene si versi fuori dai casi di flagranza”¹³⁷, per cui non potrà versarsi nell'ipotesi dell'art. 384 se, mancando il requisito del grave delitto, compare quello dello stato di flagranza. Seguendo tale corrente si finirebbe per considerare tra gli elementi che presuppongono l'attuazione del fermo anche l'assenza dello stato di flagranza, con la conseguenza che in caso contrario si giungerebbe all'adozione di una misura illegittima.

¹³⁷ C.U. Del Pozzo, *La libertà personale nel processo penale italiano*, cit., p. 128.

La dottrina più recente invece, confrontando gli elementi esplicitamente richiesti dal legislatore, osserva che sarebbe assurdo vietare l'adozione della misura nel caso di evidente commissione del reato o nel caso si verifichi la flagranza propria, quando è previsto come requisito sufficiente l'esistenza dei *gravi indizi*, che rappresentano un elemento probatorio di minore rilevanza rispetto ai primi. Rileva a tal proposito che il dettato non elimina la possibilità del pubblico ministero di adottare la misura in presenza della flagranza, ma bensì lascia allo stesso la possibilità di agire, anche in assenza di flagranza, se contemporaneamente sussistono gli altri elementi costitutivi del potere-dovere di eseguire il fermo¹³⁸, “la legge intende precisare che i presupposti del fermo sono assolutamente distinti da quelli che qualificano l'arresto e che, pertanto, purché vi siano i gravi indizi di colpevolezza, il reato rientri in una delle categorie legislativamente individuate e sussistano specifici elementi che facciano ritenere fondato il pericolo di fuga, si procede al fermo, indipendentemente dalla circostanza che ricorra oppure no lo stato di flagranza”¹³⁹.

Tale interpretazione trova un sostegno pratico in varie discipline dettagliate previste per specifici reati, come nell' art. 343 co. 2 e 3 c.p.p. secondo il quale è possibile procedere al fermo, alle misure cautelari personali, a perquisizioni personali e domiciliari, ecc., anche prima che il p.m. faccia richiesta di autorizzazione a procedere, però è necessario che il soggetto sia colto nello stato

¹³⁸ A. Nappi, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1992, p. 194.

¹³⁹ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 235.

di flagranza per uno dei reati previsti dall'art. 380 co. 1 e 2 c.p.p.. L'art. 23 d.l. 8 giugno 1992, n° 306, convertito in l. 7 agosto 1992 n° 356, prevede invece che 'gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere all'arresto anche fuori dai casi di flagranza' qualora non siano osservati gli obblighi di sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, e ancora si consente l'arresto fuori dai casi di flagranza della persona che abbia violato il divieto di evasione ex art. 3 d.lgs. 14 gennaio 1991 n° 12. Queste ultime due ipotesi sembrano escludere lo stato di flagranza dagli elementi di 'tipicità' dell'arresto, in un apparente contrasto con lo stesso principio di tipicità. In ultimo fa riferimento all'applicazione dell'art. 384 una norma delle disposizioni attuative, precisamente l'art. 230, il quale prescrive l'osservanza di quanto dettato nel suddetto articolo anche 'quando leggi e decreti prevedono il fermo o l'arresto fuori dei casi di flagranza per delitti punibili con la reclusione superiore nel massimo a tre anni'.

Concludendo arriviamo a dedurre che la flagranza non può essere intesa come carattere distintivo delle misure pre-cautelari in quanto, la previsione che questa sia presente affinché si possa sostanziare l'arresto in flagranza non porta ad escludere senza mezzi termini l'adozione del fermo, per cui il "fermo è tanto istituto che presuppone una notizia di reato ritualmente pervenuta agli organi delle indagini preliminari, 'fermo fuori dai casi di flagranza', quanto istituto che ben può contenere, esso stesso, la notizia di reato, 'fermo in caso di flagranza'¹⁴⁰.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 236.

2.3.1 Il pericolo di fuga.

L'art. 13 co. 3° Cost., si apre con l'elenco delle tre circostanze necessarie affinché possa legittimamente prevedersi la limitazione della libertà personale: *eccezionalità*, *necessità* ed *urgenza*; ed è a questi requisiti che le *condiciones sine quibus non* della misura ad oggetto devono ispirarsi. Tale rapporto è necessario se si pensa ai dubbi sulla costituzionalità delle misure dettate nei vecchi codici che più volte sono stati avanzati, aventi ad oggetto soprattutto l'ampia discrezionalità concessa alle forze di polizia nell'operare il fermo. Questa libertà trovava vita nella presenza del “requisito della 'sufficienza' degli indizi poiché, il requisito del 'fondato sospetto di fuga', pur criticabile per la sua infelice formulazione, veniva, di fatto, ricavato da circostanze di fatto esistenti e certe, che facciano prevedere come sommamente probabile la fuga dell'indiziato”¹⁴¹. Si tratta anche, come osserva autorevole voce, di “un *arbitrium non regulatum* che impegna sempre e soltanto la coscienza degli ufficiali ed agenti di polizia”¹⁴², per cui le migliori garanzie dovrebbero provenire non solo dal dettato legislativo, ma anche dall'autocontrollo spontaneo degli organi della polizia, che si esplica in comportamenti rispettosi delle forme di espressione della personalità dei consociati ed estranei ad ogni forma di abuso di potere, e infine nel prestigio degli organi giudiziari sovrastanti, i

¹⁴¹ G. Sabatini, voce *Fermo*, in *Novissimo Dig. It.*, ristampa, Vol. VII, Torino, 1975, p. 228.

¹⁴² G. Bellavista, voce *Fermo di polizia*, in *Enc. Dir.*, Vol. XVII, Milano, 1968, p. 214.

quali sono chiamati a porre in essere interventi rapidi ed energici contro i commissari degli abusi¹⁴³.

Il fondato pericolo di fuga deve, ex art. 384, ricavarsi da elementi *specifici*; è evidente lo sforzo legislativo di “oggettivare l'esigenza cautelare eliminando espressioni che potevano ritenersi disancorate dall'accertamento di precise circostanze di fatto concretamente apprezzabili e tali da far ritenere probabile la fuga”¹⁴⁴.

Gli elementi che generalmente si fanno rientrare nella valutazione sul fondamento del pericolo si desumono dallo stile di vita del soggetto confrontato con gli eventuali cambiamenti che questo ha subito successivamente al reato. Normalmente vengono maggiormente prese in considerazione le qualità della persona, il tenore di vita, i precedenti, la condotta, il contegno mantenuto dopo il reato e le informazioni che ad esempio dimostrano che l'indiziato regoli frettolosamente i suoi affari, ricorra a frequenti prelievi bancari con una consistente diminuzione del proprio patrimonio depositato, trascuri o interrompa le proprie abituali attività, ecc..¹⁴⁵. Tali caratteristiche devono ovviamente riferirsi solo ed esclusivamente alla persona sottoposta al fermo, cosiddetta *personalizzazione*¹⁴⁶, e devono essere *concreti*, “deve esser altresì caratterizzato attraverso

¹⁴³ C.U. Del Pozzo, *La libertà personale nel processo penale*, cit., p. 119.

¹⁴⁴ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 384*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., Vol. IV, p. 404.

¹⁴⁵ G. Bellavista, voce *Fermo di polizia*, cit., Vol. XVII, p. 214.

¹⁴⁶ Si intende la capacità di personalizzazione, per cui ogni singolo evento o fatto deve direttamente potersi imputare al soggetto individuato come indiziato, non avendo nessun valore le notizie relative ad altri soggetti indipendentemente dal ruolo assunto nella fattispecie, ad esempio si ritiene non fondato il pericolo di fuga di un soggetto solo perché altro, ancorché coindagato, si sia dato alla fuga.

concreti, effettivi elementi da cui sia possibile dedurre la reale preparazione alla fuga, non essendo, invece, ciò desumibile né dal solo titolo di reato, né dal solo fatto che l'indagato sappia degli accertamenti in corso a suo carico dalla P.G., né dalla mera probabilità o dalla astratta probabilità che l'indagato si dia alla fuga”¹⁴⁷, “né dalla relativa pena edittale, allo stesso modo che contraddice la sua configurabilità la costituzione dell'indagato agli inquirenti nell'immediatezza del fatto”¹⁴⁸.

La giurisprudenza precisa anche che gli specifici elementi dai quali assumere il pericolo di fuga non devono essere tali da poter fornire la prova diretta del progetto di fuga; infatti, essendo la fuga un avvenimento futuro ed incerto, la probabilità del suo verificarsi può esser desunta da elementi indiziari.

Nello specifico la Cassazione ha ritenuto corretto l'operato del gip che aveva desunto l'esistenza del pericolo di fuga dalla valutazione congiunta della “gravità del reato e dalla vicinanza e scarsa vigilanza del confine con la Slovenia”¹⁴⁹. Sempre la giurisprudenza della Cassazione rileva che “il pericolo di fuga, di cui si menziona negli artt. 274, lett. b) e 384 c.p.p., può essere ritenuto sussistente ogni qual volta, sulla base degli elementi e dei fatti obbiettivi, desumibili anche dalla natura degli addebiti, sia ravvisabile la ragionevole probabilità (quindi, non la semplice possibilità, ma neppure la certezza) che l'inquisito, ove non si

¹⁴⁷ Cass., sez. I, 3 agosto 1992, n° 2998, Greco Tonegutti, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1993, p. 317.

¹⁴⁸ Cass. Pen., sez. I, 9 giugno 1998, n° 3364, Stegani, da G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo - Le misure precautelari e il procedimento di convalida*, Forlì, 2007, Expert ed., p. 139.

¹⁴⁹ Cass. Pen., sez. I, 23 marzo 1994, *Ivi*, p. 140.

intervenisse, farebbe perdere le proprie tracce.

Il requisito della *fondatezza* e della *concretezza* del pericolo, infatti, non implica che quest'ultimo sia particolarmente intenso, cioè che sussista un grado di probabilità particolarmente elevato del verificarsi della fuga, ma soltanto che si tratti di un pericolo (altrimenti insussistente) reale, effettivo e non immaginario. In esempio si richiama la fattispecie in cui il giudice della convalida aveva desunto, con motivazione stimata incensurabile in sede di giudizio di legittimità, il pericolo di fuga della circostanza dell'avvenuto arresto nei giorni precedenti dei presunti complici e dall'estrema gravità dei fatti¹⁵⁰, anche nel caso in cui alla mancanza di una fissa dimora si unisca l'assenza dell'attività lavorativa e la pregressa dichiarazione di false generalità, si può ritenere fondato il pericolo di fuga¹⁵¹.

In negativo diciamo che viene annullato il provvedimento di fermo che ha quale presupposto un pericolo basato su deduzioni astratte, per equiparazione con la disciplina che regola i requisiti necessari per la legittima emanazione dell'ordinanza di predisposizione di una misura cautelare personale, ex art. 274 let. b), si assume quanto rilevato dalla Corte di Cassazione: deve essere annullata l'ordinanza con la quale è stata disposta la custodia cautelare in carcere dell'imputato, che relativamente alla sussistenza dei requisiti necessari per l'adozione del provvedimento coercitivo, contenga una motivazione basata su

¹⁵⁰ Cass. Pen., sez. I, 27 marzo 1991, *Ivi*, p. 141.

¹⁵¹ In tal senso si è pronunciata la Cass. Pen., sez. V, 7 marzo 1990, Babacar, *Il nuovo codice di procedura penale: un anno di applicazioni nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 1990, II, c. 581.

circostanze presunte e non concrete¹⁵².

Qualora invece la fuga sia 'tempestiva', cioè nel caso in cui l'indiziato si allontani immediatamente dopo la commissione del reato dal luogo in cui lo stesso è avvenuto e sia momentaneamente irreperibile, non si può pensare che sia stata superata la successiva possibilità che si verifichi la situazione di pericolo, in quanto “per condizione di chi si sia *dato alla fuga*, deve intendersi solo quella nella quale il soggetto abbia già realizzato lo scopo di sottrarsi, in modo per lui sufficientemente sicuro, alle ricerche della giustizia”¹⁵³. Sempre la Corte di Cassazione riconosce “la correttezza della convalida del fermo disposto, sulla base della ritenuta permanenza del pericolo di fuga, nei confronti di un soggetto il quale, in quello stesso giorno, subito dopo aver commesso un omicidio, si era allontanato ed era risultato irreperibile alle immediate ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria”¹⁵⁴.

Nella prassi, purtroppo, molto spesso si è guardato con indifferenza a questo presupposto, giungendo magari solo alla quasi conclusione delle indagini a prendere in considerazione che “la presenza di tale ultimo presupposto – il fondato sospetto di fuga – più che da un autonomo accertamento, finisca col venir ricavato dalla contemporanea concorrenza degli altri, nel senso che risulta lecitamente presumere, in una logica piuttosto approssimata, ma secondo giudizi di normalità, che la persona

¹⁵² Cass. Pen., sez. VI, 6 dicembre 1989, Centra in Cass. Pen., 1990, II, p. 158.

¹⁵³ G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo – Le misure precautelari e il procedimnto di convalida*, cit., p. 141.

¹⁵⁴ Cass. Pen., sez. I, 9 febbraio 1998, n° 780.

raggiunta da gravi indizi della commissione di reati comportanti una prolungata carcerazione, preventiva e definitiva, intenda sottrarsi con la fuga, al certo processo e all'eventuale condanna”¹⁵⁵.

2.3.2 La gravità degli indizi.

La presenza della gravità degli indizi affinché si possa adottare la misura de quo, si presta da sempre ad un'ampia diatriba dottrinale in quanto chiama quale suo contro ed ispiratore il principio della presunzione di non colpevolezza sancito dall'art. 27 della Carta Costituzionale.

La difficoltà nel comparare la 'necessità' di limitare la libertà personale di un soggetto sul quale grava il peso della presenza di *gravi indizi*, per esigenze processuali e di eventuale tutela pubblica, e la necessità di tutelare la stessa libertà dell'individuo fin quando non sarà il passato in giudicato a proclamarne l'eventuale colpevolezza, sembra non poter trovare soluzione alcuna se non un giudizio netto a favore della prima tutela, con conseguente sacrificio dell'altra.

La soluzione che appare più ragionevole sembra protendere verso una interpretazione dei gravi indizi di colpevolezza tale da tradursi in un “incisivo giudizio prognostico prossimo a un

¹⁵⁵ G. Galli, B. Siclari, F. Siena, *Le recenti leggi contro la criminalità*, Vol. II, “Aspetti processuali”, a cura di G. Galli, Milano, 1977, p. 8.

giudizio di colpevolezza, ancorché condotto, per l'appunto, allo stato degli atti”¹⁵⁶, potremmo addirittura affermare che “il sistema richiede i gravi indizi di colpevolezza come presupposto per la restrizione della libertà personale dell'imputato proprio perché quest'ultimo è protetto dalla presunzione di non colpevolezza”¹⁵⁷.

Questa lettura dei disposti legislativi ben si assimila con le più elementari deduzioni, per cui se un individuo non può vedere mutato il suo status da imputato a quello di colpevole fino a quando non si sia giunti ad una condanna definitiva, parimenti non potrà vedersi sottratto il bene primario della libertà personale prima di tale momento a meno che, sancisce il legislatore nell'art. 273 co.1 c.p.p., non ci si trovi dinanzi all'evidenza di un percorso cognitivo, che per la sua precisione nel raccoglimento degli atti, individua tale soggetto come probabilmente colpevole, e la probabilità deve fondarsi sulla gravità degli indizi raccolti.

La stessa Corte Costituzionale in una pronuncia individua la valutazione degli indizi “al contrario necessaria a ridurre il rischio che l'anticipato sacrificio della libertà dell'imputato si rilevi ingiustificato, vulnerando la presunzione di non colpevolezza nel suo contenuto più sostanziale”¹⁵⁸. Questo indirizzo viene condiviso anche dalla Corte di Strasburgo, la quale sottolinea, che l'art. 6 par. 2 della Convenzione dei diritti dell'uomo e del cittadino non impedisce “alle autorità

¹⁵⁶ Cort. Cost., 24 aprile 1996, n° 131, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 1139.

¹⁵⁷ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2009, p. 66.

¹⁵⁸ Cort. Cost., 23 gennaio 1980, n° 1, in *Giust. Cost.*, 1980, p. 3.

responsabili delle indagini di presupporre che un individuo abbia commesso un delitto né di adottare misure volte a tutelare l'indagine”¹⁵⁹, senza dimenticare che la stessa Convenzione all'art. 5 par. 1 lett. c) prevede espressamente l'arresto o la detenzione di un soggetto quando vi siano ragioni plausibili per sospettare che costui abbia commesso un reato. Infine possiamo dire come, collegando l'art. 13 Cost., che più volte è stato definito una “norma non autonoma a carattere processuale”¹⁶⁰ - in quanto appare priva di fini se non la si pone in relazione con altre norme costituzionali che ne indicano i motivi posti a fondamento della restrizione della libertà - con l'art. 27 Cost. ne ricaviamo la migliore delle interpretazioni. Assumendo la presunzione di non colpevolezza come parametro teologico della tutela alla libertà personale, posto che “il divieto di punire l'imputato prima della condanna definitiva non consente di limitare la libertà personale di tale soggetto sulla base di una mera prognosi di colpevolezza, perché diversamente la custodia cautelare verrebbe intesa alla stregua di una pena anticipata, e considerato che sul piano afflittivo è difficile tracciare un distinguo tra le due figure, diventa allora prioritaria l'esigenza di sottolineare che la libertà di un individuo può essere conculcata solo in vista della soddisfazione di esigenze strumentali al processo”¹⁶¹.

Quindi la presunzione di non colpevolezza funge da deterrente all'applicazione di misure restrittive della libertà personale che

¹⁵⁹ Corte Eur., 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, par. 30.

¹⁶⁰ L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 951.

¹⁶¹ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 68.

trovino il proprio presupposto su un inadeguato percorso cognitivo o che siano assunte solo per perseguire una funzione strictu sensu sanzionatoria.

Riprendendo l'analisi specifica del fermo d'indiziato di delitto merita puntare l'attenzione sulla scomposizione dell'espressione usata nel codice di rito 'persona gravemente indiziata di delitto', ex art. 384, dalla quale si traggono come elementi fondamentali *l'indizio* e l'aggettivo *grave* di cui viene correlato.

Gli indizi si inseriscono nel quadro probatorio in una posizione definitoria intermedia tra il 'sospetto' e la 'prova', vediamo come il sospetto è “un semplice elemento intuitivo che può essere appoggiato all'imponderabile, senza alcuna connotazione concreta”¹⁶², mentre la prova è posta nell'ordinamento al vertice della piramide probatoria, potendo da sola sorreggere l'impianto processuale in termini di certezza.

L'indizio quindi appare porsi in un rapporto di superiorità rispetto al semplice sospetto, in quanto scaturendo da un processo logico sarebbe “uno dei gradi, o degli stadi, del procedere del processo penale dal dubbio alla certezza giudiziale”¹⁶³, mentre è in posizione di subordinazione rispetto alla prova piena e diretta, come evidenziato più volte dalla Cass.¹⁶⁴. Possiamo quindi dire che “l'indizio, in senso tecnico, è una relazione di *probabilità* tra un fatto esistente [certo] ed un fatto da provare”¹⁶⁵, per cui da un fatto certo, concretamente provato e conosciuto si giunge,

¹⁶² C.U. Del Pozzo, *La libertà nel processo penale*, cit., pp. 124-126.

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ Cass., sez. VI, 2 dicembre 1983, Saccia in *Giust. Pen.*, 1984, III, c. 65.

¹⁶⁵ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 271.

attraverso l'utilizzo di un processo basato su deduzioni logiche, a provare la sussistenza o l'insussistenza del fatto. Il codice prevede, in via generale, che un fatto possa esser provato attraverso indizi qualora essi siano *gravi, precisi e concordanti*, ex art. 192, per l'adozione della misura de quo comunque viene esplicitamente richiesto l'unico requisito della gravità¹⁶⁶ inteso come indizio che renda “seriamente probabile che il soggetto venga riconosciuto, in sede di giudizio, responsabile del fatto che gli viene addebitato”¹⁶⁷, si tratta di una misura del grado di probabilità che il reato sia stato commesso dall'indiziato.

Purtroppo il legislatore non ci fornisce un elenco né tanto meno ci dice “in cosa debbono consistere gli indizi e quale sia il metro per misurarne la gravità: ci si rimette al prudente apprezzamento del giudice, preoccupandosi, il legislatore, unicamente di vincolarne le valutazioni a parametri che, se insuscettibili di una rigorosa definizione normativa, sono, certamente, enucleabili alla luce delle ragioni dell'esperienza”¹⁶⁸. La stessa giurisprudenza si è riferita ai gravi indizi precisando come questi “non debbano consistere in fatti che, dotati di decisività, univocità e logica concordante, forniscano lo stesso grado di certezza probatoria richiesto per la formulazione di un giudizio di responsabilità, essendo sufficiente che le deduzioni desumibili dal loro coordinamento conducano ad una ragionevole conclusione di

¹⁶⁶ In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza di Cassazione che, nonostante sottolineasse la necessità di trovarsi di fronte ad un apprezzabile grado di colpevolezza, ribadisce il tradizionale orientamento secondo cui è possibile non solo che gli indizi appaiano non univoci e non concordanti, ma anche che dal quadro probatorio emergano dati incompleti o spiegazioni alternative dei fatti in causa, Cassazione, sez. VI, 23 gennaio 1987, D'Alessandro in *Cass. Pen.*, 1988, p. 655.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 272.

¹⁶⁸ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 271.

probabilità circa l'esistenza del reato oggetto della contestazione e della sua attribuibilità all'indagato”¹⁶⁹.

Ai fini del fermo il requisito della gravità può tuttavia non esser tipico di un singolo indizio ma esser proprio di una serie d'indizi, come esempio può farsi il caso del rinvenimento di dosi di droga in una pubblica strada in prossimità del punto occupato dall'indiziato al momento in cui sopraggiunge la polizia, a cui si aggiunge il ritrovamento di altre dosi di droga nell'ascensore dell'abitazione dello stesso indiziato e l'esistenza di ulteriori precedenti connesse al possesso di droga, all'esito positivo al guanto di paraffina, l'esistenza di un movente e la mancanza di un alibi¹⁷⁰. Nel caso di specie sarà compito del pubblico ministero e della polizia giudiziaria valutare l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza per la legittima adozione della misura e indicarli specificamente nel verbale e nella successiva richiesta di convalida.

2.3.3 Le ipotesi delittuose.

L'ultimo presupposto per l'adozione della misura *de qua* definisce con molta precisione le fattispecie penali alle quali è applicabile, e per la prima volta il legislatore del 1988 stabilisce che possono esser sottoposti a fermo solo coloro che sono

¹⁶⁹ Cass., sez. I, 22 giugno 1992, n° 1090, Criscuolo.

¹⁷⁰ Cass., sez. I, sent. 2401 del 27 luglio 1990 (cc. 9 luglio 1990); Cass., sez. II, 15 gennaio 1991, Halhal in *Giur. it.*, 1991, II, c. 201.

indiziati di un *delitto*, escludendo coloro che sono caduti nel compimento di contravvenzioni.

Tale restrizione formalmente si traduce in una diversa nomenclatura, infatti mentre nel precedente codice avevamo 'fermo di indiziato di reato' ora abbiamo il 'fermo di indiziato di delitto', si tratta comunque di una distinzione prettamente formale in quanto anche l'art. 238 prevedendo la possibilità di fermo solo per i reati la cui pena edittale non fosse inferiore nel massimo ad anni sei, circoscriveva l'area della misura ai soli delitti.

La dizione 'gravi delitti' può apparire generica, per cui compito del legislatore è quello di riempire di contenuti la normativa per evitare pericolose interpretazioni. In dottrina si è specificato che “deve trattarsi di una gravità desumibile dai limiti edittali del reato in relazione alla rilevanza che, rispetto ad essi, assume il pericolo di fuga, vale a dire, l'esigenza cautelare la cui esistenza è indefettibile per l'adozione del fermo”¹⁷¹. Come primo passo si è voluto svincolare l'adozione del fermo dal sopraggiungere di esigenze di “tutela della collettività”¹⁷² e si è scelto di vincolare i 'gravi delitti' ai “parametri tratti dalle disposizioni in materia di misure cautelari”¹⁷³, riferendosi, all'art. 274 co. 1 let. b) c.p.p. per la determinazione del minimo della pena detentiva temporanea - il pericolo di fuga viene assunto come presupposto della misura solo quando il giudice ritenga che si tratti di un delitto per cui

¹⁷¹ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 384 c.p.p.* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Vol. IV, cit., p. 400.

¹⁷² In tal senso *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 97.

¹⁷³ *Ibidem*.

possa esser irrogata una pena superiore ai due anni di reclusione - per il massimo si richiama l'art. 303 c.p.p. che prevede termini più lunghi di custodia cautelare per i reati puniti con la pena dell'ergastolo o con la reclusione superiore nel massimo a sei anni.

I criteri nello specifico utilizzati per stabilire se si tratti o meno di un grave delitto sono due: uno quantitativo basato sulla pena edittale, ed uno qualitativo residuale rispetto al primo, che si basa sul titolo del delitto. Secondo il primo criterio, ex art. 384, sono sottoponibili a fermo gli indiziati per delitti punibili con 'la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei', si nota che rispetto alla precedente previsione troviamo un'ulteriore restrizione della casistica di applicabilità in quanto, l'utilizzo del termine 'superiore a sei anni' rispetto al precedente 'non inferiore a sei anni', comporta l'esclusione dei delitti sanzionati con la pena della reclusione pari a sei anni. Si osserva infine che l'utilizzo di e congiunzione tra i due limiti edittali porta alla previsione della contemporanea coesistenza di entrambe.

Il criterio qualitativo invece si riferisce ai delitti concernenti le armi da guerra e gli esplosivi, risultando ulteriormente esclusi rispetto al previgente dettato, le armi tipo guerra, i fucili a canna mozza, le munizioni destinate alle predette armi e le materie esplodenti nonché i delitti previsti dagli artt. 1, 2 e 4 della l. 20 giugno 1952 n° 645, modificata dalla l. 22 maggio 1975 n° 152 riguardante i delitti di promozione, organizzazione, direzione, propaganda e partecipazione ad associazioni fasciste e l'apologia

del fascismo.

Nello specifico si intendono armi da guerra le armi di ogni specie che, per la loro spiccata potenzialità di offesa, sono o possono essere destinate al moderno armamento delle truppe nazionali o estere per l'impiego bellico come bombe di qualsiasi tipo o qualsiasi parte di esse, gli agenti aggressivi chimici, i congegni bellici di qualsiasi tipo e bottiglie o involucri esplosivi o incendiari, tra cui le bottiglie molotov. La Corte di Cassazione con una pronuncia della metà degli anni ottanta non ha mancato di suddividere le materie esplodenti in due categorie ovvero: gli esplosivi assimilabili completamente alle armi da guerra per via dell'alto grado di micidialità, e le materie esplosive prive di micidialità, la cui regolamentazione è contenuta negli artt. 678 e 679 c.p., aventi per lo più finalità di spettacolo e di svago, quali i giochi pirotecnici¹⁷⁴.

Infine nascono dubbi interpretativi sull'applicabilità della misura nei casi di delitto tentato e delitto colposo. Per il primo parte della dottrina ritiene superfluo applicare il fermo al delitto tentato essendo questo il requisito richiesto per l'adozione dell'arresto in flagranza¹⁷⁵, altri invece ritengono che la carenza di qualsivoglia richiamo al tentativo potrebbe indurre a pensare che il fermo non possa essere disposto né eseguito per i delitti che non si configurino nella forma della consumazione.

La deduzione sarebbe, ovviamente, giustificata solo da una

¹⁷⁴ Cass., 16 maggio 1986, Zecchino, in *Riv. Pen.*, 1987, c. 550; Cass., 14 marzo 1985, Casma, in *Giust. Pen.*, II, c. 85.

¹⁷⁵ C.M. Grillo, *Arresto in flagranza e fermo: dalla vecchia alla nuova disciplina*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 19901, pp. 121-122.

interpretazione formalistica, non confortata dalla ragion d'essere dell'istituto. Anche per il fermo vale, infatti, il rinvio (art. 379) alla disposizione che, nell'indicare i criteri di determinazione della pena, richiama espressamente sia il reato consumato sia il delitto tentato (art. 278)¹⁷⁶. Per i delitti colposi invece, non essendoci nei codici alcun riferimento restrittivo riguardante il carattere soggettivo, si ritiene all'unanimità che anche nei casi di delitto colposo sia applicabile il fermo.

2.3.4 Criteri per la determinazione della pena.

L'art.384 prevede dei limiti quantitativi relativi al reato e alla pena che per lo stesso può essere comminata, per cui spetta agli organi operanti il fermo effettuare preventivamente una verifica sull'effettiva associazione della pena al tipo di reato. Per “esigenze di simmetria”¹⁷⁷ tra misure precautelari e misure cautelari, l'art. 379 rimanda esplicitamente all'applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 278 per la determinazione della pena, eliminando così ogni precedente dubbio interpretativo¹⁷⁸.

La norma prevede che debba aversi riguardo per la

¹⁷⁶ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 236.

¹⁷⁷ A. Ferraro, *Arresto e fermo*, cit., p. 6.

¹⁷⁸ L'art. 255 cod. abr. riportava l'inciso “agli effetti degli articoli precedenti”, lasciando la strada aperta al filone di interpretazione che voleva escludere dall'applicabilità di tale metodo di determinazione della pena, il fermo e più in generale le misure precautelari, in quanto collocate in una diversa sezione dello stesso capo. Da qui nasce l'esigenza, poi tramutatasi nella direttiva 32 della legge delega-bis, che fosse inserito un esplicito rimando applicativo della norma anche alle suddette misure.

determinazione alla pena stabilita per ogni reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'art. 61 del c.p. e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n° 4 c.p. nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Quindi il pubblico ministero e la polizia giudiziaria dovranno tener conto della pena prevista per ogni specifico reato commesso o tentato. Invece della 'continuazione' non si dovrà tener conto in quanto essendo la stessa una “finzione giuridica ispirata al principio di evitare l'eccessivo inasprimento della pena che conseguirebbe al sistema del cumulo materiale”¹⁷⁹, nella pratica ne deriverebbero effetti negativi per l'imputato. Per le 'circostanze' invece sono dettati dei casi, specificamente individuati nell'art. 384 c.p.p., che si differenziano dalla generica indifferenza, è il caso delle circostanze attenuanti, ex art. 62 n° 4 c.p., per cui “l'avere, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità”; le circostanze aggravanti previste riguardano “l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa” ex art. 61 n° 5 c.p.. Le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa rispetto a quella prevista per il reato cui ineriscono, ad esempio la premeditazione fa punire l'omicidio non più con la reclusione ma

¹⁷⁹ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 254.

con l'ergastolo, e infine le circostanze ad effetto speciale che determinano un aumento di pena, di almeno un terzo, indipendentemente da quella prevista per il reato base.

Della 'recidiva' si tiene conto solo qualora sia *reiterata* - la ricaduta deve esser duplice – *specifica* - ricaduta in un reato della stessa indole - e *infraquinquennale* - cioè la ricaduta deve aver luogo nei cinque anni successivi alla condanna - vi rientra per esempio colui che commette un furto dopo esser stato già condannato altre due volte delle quali almeno una per un reato della stessa indole (altro furto o rapina) nel quinquennio precedente. In caso di concorso fra le circostanze attenuanti e aggravanti dovrà applicarsi alla pena base il massimo degli aumenti delle circostanze aggravanti e il minimo delle diminuzioni per le attenuanti, questo perché al giudizio di comparazione non può darsi luogo prima dell'emanazione della sentenza¹⁸⁰.

2.4 I soggetti legittimati all'adozione: il pubblico ministero.

Secondo l'art. 384 co. 1, il fermo è disposto dal pubblico ministero e, come precisato nel co. 2, 'prima che [lo stesso] abbia assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono al fermo di propria iniziativa', ne

¹⁸⁰ Praticamente applicando alla pena base l'art. 63, comma 3 c.p., si ottiene una diminuzione che può oscillare da un giorno fino al massimo di un terzo della pena basa.

consegue che sono due gli organi che esplicitamente il legislatore legittima all'azione.

Apparentemente tale specificazione potrebbe sembrare una forzatura se confrontata col dettato costituzionale che, all'art. 13, attribuisce il potere attuativo delle misure provvisoriamente limitative della libertà personale solo in capo all'autorità di pubblica sicurezza', anche se riferendosi alla stessa “in senso lato ed atecnico, così da farvi, certamente, rientrare tutti gli organi della polizia giudiziaria nell'esercizio delle loro tipiche funzioni *post delictum*”¹⁸¹, con necessaria comunicazione all'autorità giudiziaria la quale successivamente convalida e si pronuncia sulla legittimità dell'adozione.

Proprio su tali parole del costituente si apre il dibattito tra la dottrina che ritiene incostituzionale l'art. 384 c.p.p. nella parte in cui legittima il p.m., introducendo una figura che per le sue specifiche caratteristiche non è qualificabile né come giudice né come autorità di pubblica sicurezza¹⁸². Di contro troviamo chi sostiene che tale quadro prospetta una “migliore armonia con il disegno generale dei rapporti fra le due istituzioni secondo le scelte di fondo che emergono dall'insieme delle direttive stabilite dal legislatore delegante”¹⁸³.

Contraddittorio appare anche il rapporto in cui versano i due soggetti, p.m. e p.g., tant'è che ad una prima e veloce lettura del suddetto articolo potrebbe sembrare che il pubblico ministero sia

¹⁸¹ V. Grevi, *La libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 79, nota 17.

¹⁸² C. Taormina, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1991, p. 118 ss.

¹⁸³ M. Chiavario, *La riforma del processo penale – Appunti sul nuovo codice*, Torino, Utet, 1990, p. 146.

inteso quale organo della polizia giudiziaria, rivestendo una posizione superiore rispetto agli ufficiali e agli agenti. Tale interpretazione viene male accolta da chi, giustamente, osserva “l'illogicità di collocare il pubblico ministero in posizione deteriore rispetto alla polizia giudiziaria laddove l'intero sistema del codice gli attribuisce, invece, una posizione sovraordinata rispetto a quella”¹⁸⁴; infatti il pubblico ministero, quale unico titolare dell'azione penale, appare in posizione di superiorità funzionale rispetto alla p.g., la quale altro non è che principale esecutore materiale del fermo. Si è osservato come la competenza della polizia giudiziaria sia non solo residuale, ma anche sostitutiva rispetto a quella del p.m., in quanto l'azione della prima può essere ricompresa in quella del secondo, senza forzare i limiti dettati dalla Costituzione.

Il terzo ed ultimo comma dell'art. 384 prevede l'ulteriore caso di iniziativa esclusiva della polizia giudiziaria 'qualora sia successivamente individuato l'indiziato ovvero sopravvengano specifici elementi, quali il possesso di documenti falsi, che rendano fondato il pericolo che l'indiziato stia per darsi alla fuga e non sia possibile per la situazione d'urgenza, attendere il provvedimento del pubblico ministero'. Analizzando singolarmente le ipotesi previste in tale comma vediamo come nella prima ipotesi - l'indiziato individuato successivamente - debbano comunque intendersi previste come coesistenti anche le condizioni inerenti all'urgenza e all'irrepetibilità del provvedimento altrimenti ci troveremmo di fronte

¹⁸⁴ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 379*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, cit, p. 352.

all'introduzione, “per tale via, [di] una ipotesi di intervento autonomo, del tutto avulso dai requisiti della urgenza, i soli idonei, a prima lettura, a giustificare eccezioni alla regola che prospetta l'istituto in chiave di attribuzione esclusiva del magistrato del pubblico ministero”¹⁸⁵. La seconda ipotesi riguarda i casi in cui, una volta trasmesso il verbale al p.m. dal quale risultino le generalità della persona indiziata, sopravvengano elementi tali da far prospettare l'immediatezza della fuga, “vale a dire si stia già, in concreto, sottraendo alle ricerche della competente autorità”¹⁸⁶, per cui appare tardivo l'intervento del pubblico ministero (ad esempio nel caso in cui l'indiziato sia sorpreso in prossimità di uno scalo ferroviario o aereo).

Tale comma deve esser collegato con la parte dell'art. 370 che, ponendo già un contatto tra p.g. e p.m., stabilisce che 'dopo l'intervento del pubblico ministero, la polizia giudiziaria compie gli atti ad essa specificamente delegati a norma dell'art. 370, esegue le direttive del pubblico ministero ed inoltre svolge la propria iniziativa, informandone prontamente il pubblico ministero, tutte le altre attività d'indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi'.

A sottolineare ulteriormente l'importanza dell'esistenza del carattere dell'urgenza troviamo anche una pronuncia della Corte di Cassazione, la quale precisa che “il fermo eseguito dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa dopo che il p.m. ha

¹⁸⁵ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 236.

¹⁸⁶ Cass. Pen., sez. V, 8 aprile 2001, n° 25322, Bove da G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo – le misure precautelari e il procedimento di convalida*, cit., p. 145.

assunto la direzione delle indagini e, quindi, in contrasto con l'art. 384 co. 2 c.p.p. e senza che, peraltro, ricorrano le condizioni previste dal successivo comma della stessa norma, deve considerarsi come avvenuto fuori dai casi previsti dalla legge ed è dunque insuscettibile di convalida”¹⁸⁷.

Indipendentemente da chi promuove il fermo, vige l'obbligo per la polizia giudiziaria di redigere il processo verbale, ex art. 357 co.2 lettera f) e art. 386 co.3 codice di rito. Lo stesso art. 55 nell'individuare le 'funzioni della polizia giudiziaria' connota lo svolgimento delle stesse come *doverose* - la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa - e tale carattere lo ritroviamo anche nelle norme di nostro esame in quanto il legislatore, differentemente da quanto previsto nella normativa previgente nella quale vigeva la *facoltà*¹⁸⁸ di effettuare il fermo, ora prevede un potere-dovere che si traduce in un *obbligo* a procedere al verificarsi di determinate condizioni.

Questa è un'ipotesi di discrezionalità vincolata, intendendosi per ciò la possibilità del soggetto di agire valutando la sussistenza delle condizioni oggettive e soggettive che il legislatore pone a fondamento della sua azione, prevedendosi per i casi di inattività ingiustificata la possibilità di incorrere in sanzioni disciplinari, ex art. 16 disp. Att., o penali, nello specifico in 'abuso d'ufficio', ex art.323 c.p., ed 'omissione o rifiuto di atti d'ufficio' ex art. 328 c.p..

¹⁸⁷ Sent. Cass., sez. V, 8 aprile 1992, Minchella, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1992, p. 588.

¹⁸⁸ Nella legge delega del 1974 e in quella del 1987, si stabilisce che “gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria o della forza pubblica *possono*” effettuare il fermo.

L'autonomia di cui gode la polizia giudiziaria nel compiere determinate attività, per lo più d'indagine, indirizzate, in un tempo elastico, alla ricerca e alla determinazione dei mezzi investigativi, non la svincola dal mantenere un costante rapporto di comunicazione e dipendenza dal p.m., fino al momento di perfezionamento del meccanismo formale di comunicazione della notizia criminis allo stesso. In tal senso interpretativo si è pronunciata anche la Corte di Cassazione puntualizzando che “non basta, per escludere la legittimità del fermo operato dalla p.g., che il p.m. sia stato semplicemente informato del reato, ciò servendo ad altri fini, come a quello dell'iscrizione della notizia criminis nel registro di cui all'art. 405 co.2 c.p.p., ma è necessario che il p.m. si sia attivato nell'esercizio concreto dei suoi poteri sulla polizia giudiziaria”¹⁸⁹, come d'altronde si desume dalla lettura del disposto dell'art. 348 c.p.p. dove, il legislatore sancisce che 'anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato, la polizia giudiziaria continua a svolgere le funzioni indicate nell'art. 55 raccogliendo in specie ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole'.

Bisogna sottolineare che trovando tali norme applicazione nell'ambito delle indagini, ed essendo stata eliminata, con le varie riforme fino a giungere all'odierno codice di rito, il potere della *preistruttoria* della polizia giudiziaria che in tal caso agiva in perfetta autonomia e precedenza rispetto all'intervento del p.m., e prospettandosi invece delle indagini *unitarie* tra i due organi,

¹⁸⁹ Sent. Cass., sez. I, 3 agosto 1992, n. 2998 (c.c. 24 giugno 1992), Greco Tonegutti, cit.

ancor più sentita è la posizione di *dominus* del pubblico ministero; la quale è esplicita nelle direttive che lo stesso detta alla polizia giudiziaria aventi ad oggetto l'obiettivo d'indagine, lasciando comunque un margine di libertà nella scelta operativa sul metodo del raggiungimento. Segnando quindi l'intervento del pubblico ministero "la linea di confine tra attività di iniziativa della polizia giudiziaria e attività delegata"¹⁹⁰, lo spazio riservato a tale azione risulterà tanto più ampio in base al differimento temporale dell'assunzione della direzione delle indagini da parte del p.m..

Al pubblico ministero, essendo organo giurisdizionale, si applicano le regole sulla competenza per cui non risulta impossibile che ci si possa trovare nella situazione in cui il p.m. che dispone il fermo non sia competente per proseguire verso il procedimento di convalida. Questa casistica ha la propria radice nella previsione che il fermo viene disposto dal pubblico ministero titolare dell'indagine nei confronti dell'indiziato indipendentemente dall'attribuzione per competenza territoriale, anche qualora esercitasse competenza su detto territorio un diverso p.m.¹⁹¹.

Differente è il ragionamento posto a fondamento del disposto dell'art. 386 co.1, il quale sancisce il dovere de'gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito [...] il fermo [...], [di darne] immediata notizia al pubblico ministero del luogo ove [...] il fermo è stato eseguito', viene quindi ulteriormente posto un

¹⁹⁰ G. Tracchina, *I rapporti tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, III, 1989, p. 494.

¹⁹¹ *Ibidem*

confine tra la fase prettamente investigativa e quella successiva all'*adprehensio* o processuale, per cui ritornano in vigore le regole sulla competenza territoriale generalmente applicabili ad ogni organo giurisdizionale, individuandosi al sesto comma della suddetta norma il dovere per 'gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria [di trasmettere] il verbale di fermo *anche* al pubblico ministero che lo ha disposto, se diverso da quello indicato nel comma 1'.

2.4.1 La polizia giudiziaria.

La prima necessaria distinzione è quella tra polizia giudiziaria e amministrativa che si sostanzia nella peculiarità dei compiti che sono chiamati a svolgere per lo svolgimento dei propri fini istituzionali. L'obbiettivo verso cui tende l'attività di polizia, giudiziaria o amministrativa che sia, è quello di prevenzione e repressione delle attività illecite. Nella prima fase di prevenzione le due attività svolte non sono propriamente distinte essendo entrambe finalizzate, “attraverso la necessaria opera di osservazione, informazione e vigilanza, ad impedire la consumazione di fatti lesivi di diritti altrui e, in genere, la violazione di divieti posti dall'ordinamento a salvaguardia di interessi essenziali per la vita di una società civile”¹⁹². Nell'ambito repressivo invece appaiono distinguibili le due

¹⁹² A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 406.

attività, essendo la repressione l'insieme delle iniziative poste in essere per evitare che l'illecito compiuto sia portato a conseguenze ulteriori, la polizia amministrativa svolgerà tali mansioni nel corso del lavoro di prevenzione se l'illecito manifesti rilevanza civile o amministrativa potendo applicare, anche in via provvisoria, la sanzione astrattamente prevista dalla legge¹⁹³: mentre la polizia giudiziaria potrà agire qualora il fatto scoperto costituisca reato e non può estendere la propria azione all'irrogazione della pena che è compito solo ed esclusivo del giudice.

Possiamo quindi dire che “la polizia giudiziaria è soggetto del procedimento penale, incaricato di collaborare con l'autorità giudiziaria nell'attività di repressione dei reati, mercé l'acquisizione delle *notitiae criminis*, la ricerca, individuazione ed assicurazione delle fonti di prova e degli autori dei reati, l'assolvimento di compiti meramente esecutivi intesi a dare attuazione ai provvedimenti del giudice e del magistrato del pubblico ministero”¹⁹⁴.

L'art. 55 c.p.p. indica quali soggetti chiamati a svolgere le funzioni di p.g. gli ufficiali e gli agenti, mentre il successivo art. 57 specifica che gli ufficiali di polizia giudiziaria sono:

1) i dirigenti, i commissari, gli ispettori, i sovrintendenti e gli altri appartenenti alla polizia di Stato ai quali l'ordinamento

¹⁹³ Si pensi alle sanzioni amministrative pecuniarie che gli organi di polizia preposti al controllo della circolazione stradale applicano qualora riscontrino un'infrazione delle norme del codice della strada, sono legittimati ad irrogare una sanzione immediatamente, la quale sarà caratterizzata dalla provvisorietà essendo prevista la possibilità per il sanzionato di agire in ricorso in sede amministrativa o giurisdizionale.

¹⁹⁴ A.A. Dalia, M. Ferraioli, *cit.*, p.406.

dell'amministrazione della pubblica sicurezza riconosce tale qualità¹⁹⁵; gli ufficiali superiori e inferiori e i sottufficiali dei carabinieri, della guardia di finanza¹⁹⁶, degli agenti di custodia e del corpo forestale dello Stato¹⁹⁷ nonché gli altri appartenenti alle predette forze di polizia ai quali l'ordinamento delle rispettive amministrazioni riconosce tale qualità;

2) il sindaco dei comuni ove non abbia sede un ufficio della polizia di Stato ovvero un comando dell'arma dei carabinieri o della guardia di finanza.

Lo stesso articolo al comma successivo invece indica agenti:

A) il personale della polizia di Stato al quale l'ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza riconosce tale qualità;

B) i carabinieri, le guardie di finanza, gli agenti di custodia, le guardie forestali e, nell'ambito territoriale dell'ente di appartenenza, le guardie delle province e dei comuni quando sono in servizio.

Infine il terzo comma dell'art 57 lascia spazio ad un'ulteriore categoria di soggetti ai quali va riconosciuta la denominazione di cui sopra, si tratta di persone alle quali viene attribuita la qualifica di polizia giudiziaria da leggi e regolamenti 'nei limiti del servizio cui sono destinate e secondo le rispettive attribuzioni'. Per lo più si tratta di funzionari, tecnici ed impiegati della pubblica amministrazione i quali sono legittimati

¹⁹⁵ Per l'attribuzione di tale qualifica si rimanda all'art. 39 della legge 1 aprile 1989, n° 121.

¹⁹⁶ Vedi art. 13 della legge 1 febbraio 198, n° 53.

¹⁹⁷ Vedi art. 13 della legge 4 maggio 1951, n° 538.

a particolari settori della vigilanza, vi rientra ad esempio il corpo nazionale dei vigili del fuoco, abilitato a svolgere funzioni di polizia giudiziaria solo in relazione ai reati riscontrati nell'espletamento della funzione di prevenzione e vigilanza antincendi, di estinzione degli incendi e in genere, di tutela della incolumità delle persone e di prevenzione dei beni anche dai pericoli derivanti dall'energia nucleare. Merita sottolineare che gli ufficiali e gli agenti sono distinti dalla legge in considerazione della delicatezza dei compiti svolti, per cui gli ufficiali hanno “carattere selettivo, nel senso che ciò che può fare l'ufficiale è inibito all'agente di polizia giudiziaria, e non anche il contrario”¹⁹⁸, risulta diverso il grado di responsabilità per l'operato dei due soggetti essendo responsabile di quanto compiuto della polizia giudiziaria solo l'ufficiale e inoltre se la legge non specifica la competenza questa si ritiene della polizia giudiziaria nel suo complesso¹⁹⁹.

Avendo ora chiaro i soggetti a cui specificatamente ci si riferisce quando parliamo di polizia giudiziaria, possiamo notare la residualità del potere di attuazione del fermo della p.g., potendo la stessa agire, anche prima dell'assunzione della direzione delle indagini preliminari da parte del p.m., qualora vi ricorrano particolari motivi d'urgenza. Nello specifico nel caso in cui si venga a conoscenza di fatti ed eventi che rendano fondato il pericolo che il soggetto stia per darsi alla fuga qualora si debba

¹⁹⁸ A.A.Dalia, M. Ferraioli, *cit.*, p. 409.

¹⁹⁹ L'art. 113 disp. a.c.t., ad esempio, prevede che nei casi di particolare necessità ed urgenza, le perquisizioni, gli accertamenti sui luoghi e sulle cose e il sequestro, possano esser compiuti anche dagli agenti di polizia giudiziaria, essendo normalmente preclusa tale attività prevedendosi nel codice di rito l'esclusiva competenza in capo all'ufficiale.

attendere l'emanazione del provvedimento del pubblico ministero, la p.g. è legittimata a operare il fermo di propria iniziativa.

Inoltre secondo quanto indicato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n° 3 del 19 gennaio 1978, “gli estremi della necessità ed urgenza vanno considerati in relazione alle esigenze di acquisire e conservare le prove, tenendo conto delle qualità morali dell'indiziato e delle circostanze del fatto. In base all'art. 241 c.p.p. (che la Corte ritiene operante in materia) l'ufficiale di polizia, se ritiene di non eseguire il fermo, può far sottoscrivere all'indiziato un atto di sottomissione, con cui questi si obbliga a rimanere a disposizione dell'autorità”²⁰⁰.

I motivi che hanno indotto la p.g. ad agire autonomamente devono estrinsecarsi dal verbale contestualmente alle modalità utilizzate per l'adozione della misura. Lo stesso non può dirsi invece del fermo eseguito dalla polizia giudiziaria dopo che il pubblico ministero ha assunto la direzione delle indagini e in assenza delle condizioni d'urgenza, in tali casi la giurisprudenza di legittimità ha dichiarato il fermo illegittimo, per cui deve essere considerato come non avvenuto e per ciò non convalidabile²⁰¹.

²⁰⁰ P. Tonini, *Fermo di polizia*, cit., p. 3.

²⁰¹ Vedi Cass. Pen., Sez. V, 8 aprile 1992, imp. Minchella, in *Cass. Pen.*, 1993, 2887.

2.5 Divieti e ritardi nell'adozione del fermo.

Ex art. 385 c.p.p. 'il fermo non è consentito quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità', da tale dettato si determina l'esclusione dell'adozione della misura qualora il fatto sia stato compiuto alla presenza di una specifica causa quale: l'adempimento di un dovere o durante l'esercizio di una facoltà legittima o in presenza di una causa di non punibilità.

Per l'esame di questi tre elementi appare fondamentale sottolineare il parallelismo esistente tra la norma de qua e l'art 273 c.p.p. nella parte in cui istituisce che 'nessuna misura [cautelare] può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata'. Le due norme erano già state poste a confronto nel precedente codice riuscendone una interpretazione estensiva della normativa sulle misure precautelari, facendovi rientrare tutte le tipologie di scriminanti, estensione non più praticabile con la stessa facilità a causa del tenore letterale del nuovo articolo.

Nello specifico non sono mancate le indicazioni sulla ratio della norma che ovviamente appare quella di evitare che l'indiziato sia privato della libertà personale anche in quei casi in cui viene

meno l'elemento della punibilità del fatto. I dubbi interpretativi nascono invece dall'esigenza sentita dal legislatore di affiancare la più ampia categoria delle 'cause di non punibilità' alle già presenti ipotesi di 'adempimento di un dovere' ed 'esercizio di una facoltà legittima' e maggiormente dall'inserimento della congiunzione *ovvero*, che indica un distacco tra le circostanze specifiche e la generica riconduzione delle stesse ad una univoca categoria, appunto quelle delle cause di non punibilità²⁰².

Proprio l'inserimento delle due circostanze nella più ampia categoria delle cause di non punibilità che desta perplessità in quanto il nuovo codice di procedura penale, a differenza di quello abrogato e del codice penale, distingue le esimenti in cause di giustificazione e cause di non punibilità: le prime “attengono allo stesso fatto umano e lo qualificano come lecito *ab origine*, perché lo privano dello stesso disvalore oggettivo, [mentre le seconde] viceversa, sono particolari situazioni, *esterne* al fatto umano e che non escludono il reato – l'illiceità del comportamento – ma in presenza della quali il legislatore ritiene che non si debba applicare la sanzione penale, per ragioni di mera opportunità”²⁰³. Il codice penale invece fa propria una nozione ampia di cause di non punibilità prevedendo al proprio interno anche quelle di giustificazione. A questo punto è necessario effettuare una scelta sul tipo di interpretazione che si vuole applicare all'art. 385 c.p.p., assumendo come punti fermi che le conseguenze di una scelta restrittiva ricadrebbero

²⁰² A. Ferrero, *Arresto e fermo*, cit., p. 52.

²⁰³ F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Sec. Ed., Padova, Cedam, 1988, p. 243.

sull'impossibilità di applicare esimenti differenti da quelle individuate nell'art. 51 c.p., mentre attraverso un'interpretazione estensiva potrà riferirsi alla cause di non punibilità nel proprio significato onnicomprensivo individuando la presenza delle due citate circostanze come una mera esplicazione esemplificativa.

Ovviamente la dottrina appare divisa, ma la maggior parte propende, come è logico dedurre, ad una interpretazione latu sensu espansiva facendo rientrare nella categoria delle cause di non punibilità anche le ipotesi espresse negli artt. 50–54 c.p., consenso dell'avente diritto, esercizio di un diritto o adempimento di un diritto, legittima difesa, uso legittimo delle armi e stato di necessità. Di contro vi è anche chi rifacendosi ad una interpretazione strettamente inerente alla lettera della legge pone dubbi di costituzionalità sulla lettura onnicomprensiva della norma, se si considera che “i limiti alle cause di giustificazione rilevanti a norma dell'art. 385 potevano essere legittimati dal carattere provvisorio ed immediato dell'accertamento demandato alla polizia giudiziaria”²⁰⁴.

Infine nella comparazione della norma de quo con l'art. 273 c.p.p. appare ovvio per la dottrina che eguaglia le due disposizioni, ritenere applicabile il divieto di fermo anche nei casi di presenza di cause di estinzione del reato o della pena, “l'art. 385, [...] formula un superfluo requisito negativo vietando arresto o fermo rispetto ai fatti scriminanti o semplicemente esenti da pena: vi manca un riferimento ai fatti estintivi del reato o della pena, ma

²⁰⁴ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 385*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, cit., p. 410.

sul piano normativo non esistono differenze; solo qualche feticista della lettera pensa ancora che *inclusio unius* implichi *exclusio alterius*; anche queste sub-cautele presuppongono fatti punibili”²⁰⁵.

Affinché possa esser fatta valere una delle cause che comportano il divieto all'adozione del fermo non è richiesta l'effettiva evidenza della stessa essendo sufficiente la “verosimile esistenza”²⁰⁶ espressa attraverso elementi obbiettivi o specifici.

Altra possibilità è quella predisposta da specifiche norme nei casi in cui sia necessario ai fini delle indagini ritardare l'esecuzione del fermo, si tratta di ipotesi tipiche previste dal legislatore in testi specifici per la regolamentazione delle singole materie. La prima ipotesi riguarda la materia di 'Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive', all' art. 10 del d.l. 31 dicembre 1991, n° 419 stabilisce che il pubblico ministero, qualora sia necessario per l'acquisizione di elementi probatori rilevanti o per l'individuazione o cattura dei responsabili dei delitti previsti dagli artt. 629 e 648 bis e ter c.p., 'può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo dell'indiziato di delitto o del sequestro, [mentre] gli ufficiali di polizia giudiziaria possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero competente per le indagini, provvedendo di trasmettere allo stesso motivato rapporto entro le successive quarantotto ore'.

²⁰⁵ F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 465.

²⁰⁶ L. D'Ambrosio, P.L. Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, cit., p. 434.

Il secondo caso è previsto nella legge recante 'Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia', l. 15 marzo 1991 n° 82, la quale all'art. 7 prevede che 'quando è necessario per acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per la rilevazione o cattura dei responsabili del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, il pubblico ministero può, con decreto motivato, ritardare l'esecuzione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, dell'arresto, del fermo di indiziato di delitto e del sequestro'.

CAPITOLO III

LA FASE SUCCESSIVA ALL'*ADPHRENSIO*

3.1 I doveri della polizia giudiziaria.

L'art. 386 c.p.p. come da rubrica definisce i 'Doveri della polizia giudiziaria in caso di arresto o di fermo' da osservarsi dal momento immediatamente successivo all'esecuzione del fermo. Il primo onere che il legislatore fa incombere su 'gli ufficiali giudiziari e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito il fermo o hanno avuto in consegna l'arrestato' è quello di darne '*immediata* notizia al pubblico ministero'. Si osserva in primis come l'obbligo incombe su chiunque abbia eseguito la misura precautelare indipendentemente dalla qualifica rivestita, e in secondo luogo è sancita la necessità di darne notizia al pubblico ministero prima "dell'introduzione del fermato nell'istituto di custodia"²⁰⁷, a tal proposito viene sottolineato univocamente in giurisprudenza che, "in tema di doveri della polizia giudiziaria in caso di arresto o di fermo, non occorre una specifica attestazione circa le tempestiva (24 ore al massimo) conduzione in carcere dell'arrestato.

Nella fattispecie la *tempestività* era deducibile dal verbale di elezione di domicilio formato nell'ufficio matricola del carcere alle ore 13.30, mentre l'arresto risultava operato alle ore 21.30 del giorno precedente. (Cass. Pen., sez. IV, 13 ottobre 1998,

²⁰⁷ Vedi art. 22, 4° co., d.p.r. 431/1976.

n°2804, Vinci)»²⁰⁸. Il riferimento all'*immediatezza* della comunicazione travolge anche il mezzo utilizzato per effettuarla, per cui la scelta dovrà sempre ricadere sul mezzo più veloce, di norma il telefono o il fonogramma.

Successivamente il legislatore non manca di riferire sulla competenza del pubblico ministero circa le comunicazioni, individuandolo attraverso non una competenza per materia²⁰⁹ ma bensì per luogo. Si dovrà pertanto dare notizia 'al pubblico ministero del luogo ove l'arresto o il fermo è stato eseguito' seguendo principalmente l'esigenza di garantire un più celere contatto tra il fermato e l'autorità giudiziaria, a discapito della praticità, potendosi creare “problemi di coordinamento nel caso di pluralità di fermati in luoghi diversi, non potendosi in astratto escludere, per situazioni sostanziali eguali, diverse decisioni in sede di convalida e di successiva emissione di una misura cautelare, da parte di autorità giudiziarie diverse”²¹⁰.

Il terzo comma del suddetto articolo prevede, qualora non si debba osservare l'immediata liberazione ai sensi dell'art. 389 co. 2, che il fermato venga posto 'a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre ventiquattro ore' dall'esecuzione della misura. La prima precisazione da fare riguarda il momento esatto dal quale inizia a decorrere il termine

²⁰⁸ G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 162.

²⁰⁹ Nel primo comma dell'art. 386 del progetto preliminare al codice, compariva l'inciso 'secondo la rispettiva competenza per materia', nella volontà del legislatore, ormai svanita, di inviare l'informativa anche all'ufficio del pubblico ministero presso la pretura o presso il tribunale; in tal senso L. D'Ambrosio, P.L. Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, cit., p. 448.

²¹⁰ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria*, cit., p. 276.

tassativo delle ventiquattro ore, la giurisprudenza è solita farlo decorrere dal “momento della materiale apprensione della persona”²¹¹, conseguentemente vi rientra anche il tempo inerente al trattenimento in commissariato che viene logicamente equiparato al fermo in quanto restrittivo della libertà personale²¹².

Immediatamente dopo il legislatore nello stesso comma precisa che nel medesimo termine la polizia giudiziaria deve provvedere a trasmettere il relativo verbale, indicando di seguito gli elementi di cui deve esser correlato per potersi dire valido. Ed è su questa comunicazione che verte una delle maggiori modifiche di questa fase del procedimento in quanto, la 'messa a disposizione' secondo il d.lgs. 12/1991²¹³ avveniva attraverso la trasmissione del verbale che sanciva il momento dal quale si facevano decorrere le ventiquattro ore a disposizione per l'adempimento dell'onere. Entro lo stesso termine necessitava, ai fini della completa messa a disposizione, la conduzione del fermato nella casa circondariale o mandamentale del luogo dove il fermo è stato eseguito; tale traduzione ha però destato dei sospetti non solo in relazione alla funzionalità della stessa in vista del primo contatto con il pubblico ministero, ma apparendo anche poco

²¹¹ G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 162, l'autrice distingue anche tale momento “da quello della redazione del verbale, che rappresenta soltanto la forma di documentazione dell'attività compiuta”; vedi anche Cass. Pen., sez. IV, 24 novembre 1999, n° 4227, Jovanovic.

²¹² Corte di Cassazione penale, sez. III, con sentenza n° 42829, del 10 ottobre 2003.

²¹³ Il d.lgs. 12/1991 art. 23 apportava modifiche all'art. 386 del c.p.p. così facendolo recitare al 3° comma: “Qualora non ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 389 comma 2, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria pongono l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre le ventiquattro ore dall'arresto o dal fermo. Entro il medesimo termini trasmettono il relativo verbale,[..]”, dal sito www.normattiva.it.

coerente con le esigenze di tutela dell'indagato che per nulla combaciano con 'il pregiudizio [derivante] dall'ingresso nell'ambiente carcerario', per lo più se si tiene conto della possibilità che il pubblico ministero ritenga infondata l'adozione della misura restrittiva ed ordini, ex art. 389, l'immediata liberazione del fermato²¹⁴.

Legando la decorrenza del termine alla trasmissione del verbale, il legislatore poneva sul banco un'ulteriore questione, da sempre connessa nella giurisprudenza all'invio delle informazioni di natura ufficiale, circa il momento dal quale far scattare la decorrenza e precisamente se questa debba farsi partire dal momento dell'invio o della ricezione della comunicazione. La soluzione è stata preventivamente inserita nella Relazione al progetto del nuovo codice di procedura penale, nel quale si chiarisce che “l'apposizione del timbro di ricezione del verbale da parte dell'ufficio del pubblico ministero dà piena certezza del rispetto del termine entro il quale deve avvenire la messa a disposizione”²¹⁵.

Fermo restando che il tardivo o mancato adempimento degli obblighi indicati nei commi 3° e 4° dell'art. 386, oggi come allora, comportano l'inefficacia della misura, così come stabilito dal comma 7 del medesimo art., e l'immediata messa in libertà del fermato, il nuovo 4° comma slega il trascorrere del termine dall'invio del verbale ponendo quale incipit 'la conduzione nella casa circondariale o mandamentale del luogo dove [...] il fermo è

²¹⁴ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria*, cit., p. 279.

²¹⁵ Dal sito www.normattiva.it.

stato eseguito'. La trasmissione del verbale “diviene il contenuto di un obbligo nuovo”²¹⁶ sempre ancorato al termine delle ventiquattro ore, le quali possono però subire una dilazione dietro ordine, anche verbale, del pubblico ministero; la “dilazione” deve essere esercitata caso per caso riferendosi alle specifiche circostanze di fatto, di tempo e di luogo che comportano l'impossibilità o la difficoltà oggettiva della trasmissione nel termine normalmente osservato.

La giurisprudenza pone un limite all'insieme di circostanze di fatto che possono addursi a fondamento dell'inosservanza del termine, stabilendo che “non possono essere ricomprese le modalità organizzative o gli orari degli uffici giudiziari, che invece devono essere articolati secondo le priorità delle funzioni e delle competenze istituzionali, tra cui anche la pronta attivazione del p.m. per l'immediata liberazione dell'arrestato o del fermato”²¹⁷. Si dibatte anche sulla forma che tale comunicazione debba osservare alle luce del silenzio del legislatore, una parte della dottrina sostiene, in contrasto con la più autorevole giurisprudenza, che “la dilazione del termine per la trasmissione del verbale, debba avvenire con decreto motivato, trattandosi di provvedimento giurisdizionale aventi effetti sulla libertà personale”²¹⁸. Contro si asserisce che “è legittima l'autorizzazione, data telefonicamente dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria, alla dilazione del termine previsto dal comma

²¹⁶ L. Bresciani, voce *Fermo*, cit., vol. V, p. 231.

²¹⁷ Cass. Pen., sez. VI, 12 febbraio 2003, n° 20509, P., in G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 163.

²¹⁸ G. Salvi, *Commento all'art. 386*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, Torino, Utet, 1° agg., 1992, p. 308.

3 dell'art. 386 c.p.p. per la trasmissione del verbale di fermo, [ciò] dal fatto che detta norma non indica la forma dell'autorizzazione deve, infatti, desumersi che è sufficiente quella orale, posto che il principio fissato dal comma 6 dell'art. 125 c.p.p. - secondo cui i provvedimenti, quando non è stabilito altrimenti, sono adottati oralmente – se vale per il giudice vale a fortiori per il p.m.”²¹⁹.

Avendo la dilazione quale contenuto l'estensione dello stato di privazione della libertà personale vengono poste a garanzia della stessa delle formalità procedurali, per cui l'autorizzazione deve essere annotata ad opera dell'ausiliario che assiste il p.m., ex art. 37 co. 6 c.p.p., subito dopo l'emanazione del provvedimento trattandosi di atto a contenuto semplice da documentare nel corso del suo compimento, commi terzo e quarto. Qualora l'annotazione fosse omessa, non potendosi configurare la nullità di ordine generale, art. 178 c.p.p., e non essendo munita la stessa di sanzione processuale secondo il principio di tassatività della nullità, art. 177 c.p.p., non può essere ritenuta causa di nullità²²⁰, tanto meno può derivarne l'inefficacia della misura per applicazione del 6° co., art. 386, dato che quest'ultima consegue solo all'inosservanza dei termini per la trasmissione del verbale.

Le innovazioni viste sopra hanno quale fine principale quello di facilitare il compito della p.g. nel redigere il verbale con la necessaria documentazione provante la motivazione circa la

²¹⁹ Cass. Pen., sez. V, 12 luglio 1991, Barlera in G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 163.

²²⁰ In tal senso si è espressa più volte la Corte di Cassazione pen., sez. V, sentenza n° 70, del 26 luglio 1991.

necessità di adottare il fermo, si è posto comunque un limite con l'art. 122 disp.att.c.p.p., nel quale si legge che “la dilazione non può superare le quarantotto ore [...] dal fermo, e che l'intempestiva trasmissione continua a produrre non solo la possibilità di sanzioni disciplinari, ma anche l'inefficacia della misura cautelare: conseguenza quest'ultima che si è voluto mantenere per evitare che l'assenza di sanzioni espresse vanifichi in concreto l'osservanza dell'obbligo e per evitare, nel contempo, che le esigenze evidenziate dal pubblico ministero per negare la dilazione maggiore possano essere sottovalutate”²²¹. Non mancano in dottrina dubbi circa l'effetto che questa dilazione facilitata da parte della polizia giudiziaria possa in realtà erodere l'efficacia delle attività investigative del pubblico ministero nonché le determinazioni utili ai fini della convalida.

Il medesimo articolo precisa l'importanza non solo della trasmissione tempestiva di tali documenti, ma anche e soprattutto ai fini del mantenimento dell'efficacia del provvedimento, la necessità che agli stessi si faccia allegazione della documentazione comprovante la tempestiva conduzione del fermato nella casa circondariale o mandamentale. Nel 'Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale', d.m. 30 settembre 1989 n° 334, all'art. 7 vengono elencate le informazioni che l'autorità preposta all'istituto penitenziario deve inserire nel registro qualora gli sia consegnato in custodia un individuo, tra cui compare “il giorno dell'entrata nell'istituto”²²²

²²¹ *Relazione al d.lgs. N° 12 del 1991*, in *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le relazioni e i lavori preparatori*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, II ed., Milano, Giuffrè, 1991, p. 643.

²²² La norma per esteso indica: “L'autorità preposta a un istituto penitenziario o un

escludendo la precisazione dell'ora, nulla ovviamente vieta che tale annotazione venga fatta attraverso un riscontro concreto nel caso di contestazione dell'ora segnata sui documenti in possesso della polizia giudiziaria.

Al computo dei termini si applicano le regole generali stabilite dall'art. 172 c.p.p.. Vediamo come il quinto comma dell'art. 386 prevede la possibilità per il pubblico ministero di modificare il luogo della custodia attraverso due deroghe, “non si tratta certamente di una facoltà *de libertate* attribuita al pubblico ministero, di urgente tutela dello stato di salute del fermato o di un'immediata salvaguardia delle esigenze investigative, in un momento in cui gli atti del procedimento non hanno ancora varcato la soglia della provvisorietà e nessuna valutazione costitutiva *de libertate* può ancora venire espressa dal g.i.p.”²²³.

La prima deroga riguarda la possibilità del pubblico ministero di “graduare”²²⁴ la misura precautelare riconducendo la sua esecuzione all'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari, ex art. 284 del codice di rito, quindi permettendo la custodia del fermato presso 'la propria abitazione o da altro luogo di dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza'.

funzionario da essa delegato iscrive in un registro, in ordine cronologico, il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, la cittadinanza, la lingua, lo stato, il domicilio dichiarato o eletto, i contrassegni personali delle persone che riceve in custodia, il giorno della loro entrata nell'istituto, il tempo e il luogo del loro arresto con l'indicazione del provvedimento in forza del quale furono arrestate, dell'autorità a disposizione della quale si trova il detenuto e del nome di chi ha proceduto alla consegna. Nello stesso registro sono iscritti la data dell'uscita dall'istituto, il provvedimento che la ordina e la dichiarazione o l'elezione di domicilio prevista dall'art. 161 comma 3 del codice.” dal sito www.edizionieuropee.it.

²²³ G. Ascione, D. De Biase, *La libertà personale nel processo*, cit., p. 136.

²²⁴ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 386*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. IV, p. 414.

Nella seconda parte del comma 5 invece il legislatore prevede l'eventualità che, per evitare 'grave pregiudizio per le indagini', possa custodirsi il fermato in una casa circondariale o mandamentale diversa da quella del luogo dove la misura è stata eseguita.

La dottrina si è interrogata sui problemi che potrebbero derivare dall'osservanza del termine perentorio di ventiquattro ore qualora si applicasse la seconda deroga, giungendo così a distinguere, a seconda del momento in cui il pubblico ministero inoltra la richiesta, due casistiche: se il pubblico ministero dispone la custodia in altro luogo prima che vi sia la conduzione, da parte della p.g., del fermato nella casa circondariale del luogo in cui il fermo è stato eseguito, appare evidente l'osservanza del termine, dato che la norma collega la perentorietà dello stesso alla conduzione del fermato in una casa circondariale indipendentemente dalla sua collocazione²²⁵. Mentre se si sostanzia un vero e proprio cambio di collocazione in quanto il fermato risulta già 'messo a disposizione' del p.m. in una casa circondariale, così come previsto dal comma quarto dell'art. 386, in tal caso appare superfluo applicare un termine che è già stato osservato trovandosi il pubblico ministero ad effettuare una semplice richiesta di trasferimento.

Altro passaggio fondamentale posto in essere dalla polizia giudiziaria per evitare che l'adozione della misura venga dichiarata inefficace è la trasmissione del verbale di fermo entro le ventiquattro ore, e mai oltre le quarantotto ore, dall'adozione

²²⁵ A. Ferraro, *Arresto e fermo*, cit., p. 72.

della misura. Il verbale deve contenere 'l'eventuale nomina del difensore di fiducia, l'indicazione del giorno dell'ora e del luogo in cui [...] il fermo è stato eseguito e l'enunciazione delle ragioni che lo hanno determinato', art. 386 co. 3; deve inoltre contenere, quando compatibili, i requisiti posti dalla norma generale, art. 136 c.p.p. .

Tra i vari elementi che compongono l'atto, appare evidente che maggior importanza abbia l'enunciazione delle ragioni che lo hanno determinato, in quanto è a queste che il pubblico ministero guarda per escludere l'illegittimità della misura con la conseguente messa in libertà del fermato, ed è soprattutto su queste che si basa la motivazione dinanzi al giudice per le indagini preliminari, della richiesta di convalida ed eventuale domanda di applicazione di una misura cautelare. Risulta fondamentale quando la polizia giudiziaria non compare all'udienza di convalida e il verbale risulta l'unico documento idoneo a rappresentare l'attività della p.g., e compare tra gli atti che il pubblico ministero deve trasmettere al g.i.p., oltre alla richiesta di convalida e alla copia della documentazione attestante la tempestiva conduzione del fermato in un istituto di custodia.

Qualora si tratti di una misura adottata dietro ordine contenuto nel decreto motivato del pubblico ministero, il verbale dovrà contenere quale 'ragione' l'indicazione dell'esistenza dell'ordine del p.m. trattandosi di una sorta di motivazione *per relationem* consentita dall'art. 122 disp. Att. c.p.p.²²⁶.

²²⁶ *Ivi*, p. 68.

Infine per ciò che riguarda il contenuto, bisogna sottolineare come il verbale che non contiene l'enunciazione espressa delle ragioni che lo hanno determinato non è affetto da nullità e neppure da inefficacia, in quanto quest'ultima colpisce solo nel caso di non avvenuta trasmissione nei termini dettati dal co.3 dell'art. 386, bensì “l'enunciazione delle ragioni che hanno determinato il fermo può esser data anche successivamente alla redazione del relativo verbale, purché ciò avvenga entro ventiquattro ore dal fermo, con l'audizione dei verbalizzanti o con altri atti complementari al verbale di arresto che giustifichino il provvedimento”²²⁷. Per ciò che attiene la trasmissione al pubblico ministero del verbale, questa deve avvenire entro le ventiquattro ore dall'esecuzione del fermo e con qualsiasi mezzo idoneo, purché la stessa sia effettuata per l'intero contenuto dell'atto e non anche mediante la semplice trasmissione di un riassunto, in modo tale da poter consentire al p.m. l'immediata controllo delle circostanze nella quali è avvenuta la restrizione della libertà personale. La giurisprudenza ha ritenuto legittima la trasmissione mediante telefax, considerandolo equipollente al telegramma, al fonogramma e alla raccomandata, allorché l'utilizzo sia stato consigliato da particolari ragioni²²⁸.

Bisogna poi prendere in considerazione il caso in cui il verbale debba essere anche trasmesso al p.m. che ha disposto il fermo, qualora questo sia altro rispetto al pubblico ministero del luogo in cui la misura è stata eseguita. In tale ipotesi la trasmissione

²²⁷ Cort. Cass. Pen., sez. V, con sent. N° 97 del 7 aprile 1993, (cc. 11.1.93) rv. 193845.

²²⁸ Cort. Cass. Pen., sez. VI, con sent. N° 4603 del 26 gennaio 1993, (cc. 21.12.92) rv. 192967.

risulta svincolata dall'osservanza del termine perentorio previsto dall'art. 386, per quel che riguarda la trasmissione del verbale al p.m. del luogo d'esecuzione, essendo la polizia giudiziaria, secondo la maggior parte della dottrina, tenuta ad una semplice informativa. Questo comunque non libera la p.g., la quale può esser anche sollecitata alla trasmissione, in quanto anche l'altro pubblico ministero può esercitare il controllo ex art. 389 c.p.p., ritenendo eventualmente di dover richiedere l'immediata liberazione del fermato per vizio di legittimità²²⁹.

In ultimo, ma non per importanza, richiamiamo il dovere dalla polizia giudiziaria di avvertire 'il fermato della facoltà di nominare un difensore di fiducia', co. 1 art. 386, tale onere deve essere esplicito immediatamente dopo l'esecuzione della misura. Una volta avvenuta l'indicazione del difensore da parte del fermato gli agenti devono dare comunicazione immediata allo stesso dell'avvenuto fermo. Nell'adempimento di tale dovere di informativa nei confronti del fermato, è fatto esplicito divieto alla p.g., ex art 25 disp. Att. c.p.p., di 'dare consigli sulla scelta del difensore di fiducia'; l'inosservanza del divieto comporta, per 'gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria e per tutti i dipendenti dell'amministrazione degli istituti di prevenzione e di pena', sanzioni disciplinari. L'inosservanza dell'obbligo di avviso immediato al difensore di fiducia dell'avvenuto fermo, non essendo sanzionata processualmente, non determina l'invalidità o l'inefficacia dell'atto²³⁰, “né l'omissione potrebbe essere

²²⁹ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 386*, in *Commento al nuovo codice*, vol. IV, cit., p. 416.

²³⁰ Cort. Cass. Pen., sez. VI, con sent. N° 4603 del 26 gennaio 1993, (cc. 13.6.2007) rv. 237471.

ricondata alla previsione dell'art. 178, lett. c), c.p.p., poiché l'obbligo di informazione del fermo non attiene, in modo diretto, all'assistenza dell'imputato, e non incide, quindi, sul diritto di difesa, al cui esercizio è finalizzato il successivo interrogatorio da parte del giudice competente per la convalida²³¹. Tale interpretazione non trova riscontro sempre, infatti, parte della giurisprudenza ritiene, contrariamente a quanto sopra affermato, che concernendo l'obbligo di informativa dell'avvenuto fermo al difensore di fiducia "l'assistenza dell'imputato, perché diretta a garantire il colloquio con il difensore stesso"²³², la violazione comporta la nullità della misura, in applicazione degli artt. 178, lett. c) e 180 c.p.p.²³³. Inoltre "non sussiste [...], per i predetti ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, l'onere di cercare o rintracciare il difensore di fiducia oltre le indicazioni fornite dalla stessa persona [...] fermata. L'impossibilità di contattare il difensore di fiducia designato e di notificare allo stesso, ex art. 566 c.p.p., l'avviso dell'udienza di convalida [...] esclude, pertanto, ogni violazione del diritto di difesa e le conseguenti nullità"²³⁴. La non rintracciabilità del difensore di fiducia non libera completamente la polizia giudiziaria, infatti la giurisprudenza rileva il dovere degli stessi di attivarsi per

²³¹ Nel caso di specie il difensore d'ufficio aveva ricevuto regolare e tempestivo avviso dell'udienza di convalida alla quale aveva partecipato, in tal senso si esprime la Cort. Cass. Pen., sez. VI, sent. Del 14 gennaio 2000, n° 246, Sljivic, in G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 167.

²³² G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 168.

²³³ Tale nota critica è espressa da G. Spangher, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in Cass. Pen., 1990, II, c. 282.

²³⁴ Nella fattispecie ci si trovava nel caso nel quale il nuovo e diverso recapito professionale del difensore di fiducia era reperibile dall'elenco telefonico, mentre i verbalizzanti avevano appreso dai carabinieri che il legale non risultava dall'indirizzo indicato dall'interessato, secondo Cort. Cass. Pen., sez. V, sent. 2 febbraio 1993, in G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 164.

provvedere alla “nomina di un difensore d'ufficio cui notificare l'avviso del giorno fissato per l'udienza di convalida, dovendo questa svolgersi in camera di consiglio per la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore”²³⁵.

Collegato al diritto alla nomina di un proprio difensore di fiducia troviamo nel codice di rito, dietro il tentativo di “realizzare un'indiretta garanzia di correttezza dell'atteggiamento degli inquirenti nei confronti dell'inquisito”²³⁶, la previsione esplicita che, 'con il consenso [...] del fermato, deve essere senza ritardo [data] notizia ai familiari dell'avvenuto [...] fermo', art. 387.. Il consenso non è necessario qualora si tratti di soggetto minorenni.

Per *familiari* l'ordinamento assume non solo i prossimi congiunti, ma anche quei soggetti che sono legati al fermato da rapporti di adozione o affiliazione o convivenza coniugale anche pregressa, secondo quanto generalmente disposto dall'art. 199 c.p.p.. Il legislatore dispone all'art. 96 co. 3 del codice di rito, la possibilità per i familiari del fermato di provvedere alla nomina del difensore di fiducia qualora il soggetto interessato non vi abbia provveduto. La ratio di tale norma, derogando al principio della personalissima scelta del difensore, è quella di evitare che lo stato d'isolamento in cui si trova il fermato possa comportare un ulteriore pregiudizio nel recepire i suggerimenti di coloro che si trovano nel luogo di custodia, i soli con cui in tale fase dell'esecuzione il fermato può interagire²³⁷, essendo il fermato in

²³⁵ *Ivi*, p. 168.

²³⁶ V. Grevi, *Libertà personale e Costituzione*, cit., p. 264; nello stesso senso anche E. Marzaduri, voce *Fermo*, cit., p. 693.

²³⁷ *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, cit., p. 175.

uno stato mentale tale da poter essere facilmente deviato dalle proprie libere scelte.

Viene perciò sancito in capo alla polizia giudiziaria l'obbligo di comunicare ai familiari anche dell'avvenuta o meno nomina del difensore di fiducia, mentre non è esplicitato dal legislatore il metodo da seguirsi per porre in essere l'informativa, lasciando agli agenti la più completa libertà d'azione.

La normativa non prevede un termine perentorio entro il quale i familiari devono esser posti a conoscenza dell'adozione della misura restrittiva nei confronti del proprio congiunto, indicando letteralmente che la p.g. 'deve senza ritardo' darne notizia. Ciò non toglie che tale comunicazione non possa esser ritardata nemmeno nel caso in cui vi fossero tra loro persone indiziate in concorso nello stesso reato o in reati connessi, potendosi supporre che da tale avvertimento ne derivi un inquinamento delle fonti di prova e, più in generale, un pregiudizio per lo svolgimento delle indagini²³⁸.

Nell'ipotesi in cui nemmeno la famiglia provveda alla nomina di un difensore di fiducia, la polizia giudiziaria deve darne immediata comunicazione al pubblico ministero il quale provvede alla nomina di un difensore d'ufficio, ex art. 97 c.p.p., può invece procedere con una propria nomina solo qualora abbia la “necessità di procedere ad atti cui il difensore ha diritto di assistere”²³⁹. Il legislatore infatti ha ritenuto “inopportuno che

²³⁸ Nel Progetto al codice del 1978 era prevista la facoltà per il pubblico ministero di ritardare in determinati casi la comunicazione.

²³⁹ *Relazione al progetto preliminare*, in *Gazzetta Ufficiale*, n° 250 del 24 ottobre 1988, *Supplemento ordinario*, n° 2, p. 97.

alla obbligatoria ed immediata nomina provvedesse sempre la polizia giudiziaria, pur quando la condotta del difensore possa riguardare solo attività da compiere dinanzi all'autorità giudiziaria”²⁴⁰.

3.2 Il difensore e i diritti del fermato.

La Costituzione sancisce all'art. 24 l'inviolabile diritto ad avere una difesa in qualsiasi grado e stato del procedimento, si tratta di un riconoscimento assoluto che sanziona con l'incostituzionalità tutte quelle norme codicistiche che non prevedono la presenza del difensore in qualsiasi momento del procedimento e del processo penale, maggiormente se si tratta di fasi delicate come appunto quelle in cui l'individuo è privato della libertà personale. Il difensore diviene quindi l'unico soggetto portatore della facoltà di attuazione del diritto di difesa, qualora non ci si trovi nei casi in cui è possibile per l'imputato difendersi personalmente. Il legislatore ha predisposto la garanzia di una difesa tecnica²⁴¹, cioè la possibilità, nonché l'obbligo nella maggior parte delle liti, dell'imputato di farsi affiancare nei processi da un esercente della

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ La Costituzione sancendo il diritto di difesa non differenzia, specificando in quali casi debba differentemente utilizzarsi, l'autodifesa dalla difesa tecnica, rimandando tale compito al legislatore. Lo stesso ha previsto come essenziale l'autodifesa, al quale il soggetto può spontaneamente rinunciare, la stessa Corte Costituzionale ha precisato in diverse pronunce che l'autodifesa è un diritto ma non un obbligo; mentre l'assistenza del difensore diventa oltre ad un diritto anche una necessità, si faccia il caso del processo penale nel quale l'autodifesa viene praticamente esclusa rendendosi obbligatoria la presenza di un difensore.

professione legale, da un avvocato.

Tecnicamente l'assistenza può essere di fiducia o d'ufficio in base al *modus* della nomina, il difensore di fiducia deve essere scelto liberamente dall'imputato, il quale non può comunque nominarne più di due, ex art. 96 co. 1 c.p.p., per cui deve ritenersi priva di effetti la nomina di ulteriori difensori qualora non sia stata ancora revocata la nomina di quelli precedenti, art. 24 disp. att. c.p.p..Le condizioni richieste per la nomina sono diverse a seconda che si tratti di designazione: *ad probationem* – necessaria è la verifica dell'espressione della volontà dell'indagato o dell'imputato e circa l'esistenza del vincolo fiduciario su cui si basa il rapporto tra difeso e difensore, per cui eventuali irregolarità saranno sanabili con comportamenti successivi - o *ad substantiam*, ex art. 96 co. 2 – risultando necessari al soddisfacimento delle formalità i soli obblighi relativi alle notifiche e agli avvisi dell'autorità giudiziaria e degli uffici giudiziari²⁴². Sempre l'art. 96 richiede che la nomina venga fatta con forme estremamente semplici: 'dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata', che hanno quale *minimum* comune la sottoscrizione dell'indagato o dell'imputato, valida anche qualora non sia apportata nessuna autenticazione²⁴³. Il terzo comma specifica che la nomina in caso di persona fermata, possa esser fatta da un prossimo congiunto, tale deroga appare necessaria qualora si sia in presenza della

²⁴² Corte di Cassazione pen., sez. V, con sentenza n° 488^a del 23 maggio 1997 (ud. 27.1.97) rv. 207894.

²⁴³ Tale requisito non è presente nel telegramma, così come nel fax, che per questo viene escluso dall'elenco della disposizione, per cui risulta non idoneo a legittimare il difensore ad esercitare l'impugnazione, in tal senso Cort. Cass. Pen., sez. III, sent. n° 2401 del 9 ottobre 1999 (cc. 30.6.99) rv. 215073.

circostanza che per eccellenza limita la libertà di scelta di un soggetto, la privazione della libertà personale. Per cui a costoro viene consentita la nomina seguendo le modalità previste dal comma precedente della norma in esame, con la riserva che qualora il fermato esprima in un momento successivo una volontà diversa, il difensore precedentemente nominato cesserà la sua carica.

Per quel che riguarda invece il difensore d'ufficio, l'art. 97, prevede che qualora non si sia provveduto alla nomina di fiducia deve darsi corso alla procedura dettata per la nomina d'ufficio. Il procedimento dal quale deriva l'individuazione della persona fisica che assumerà il ruolo di difensore d'ufficio inizia con la consultazione, ex art. 29 comma primo disp. att. c.p.p., dell'elenco alfabetico degli iscritti negli albi²⁴⁴ che l'ordine forense predispone, e aggiorna ogni tre mesi, nelle proprie sedi. Sarà poi l'ufficio centralizzato, al quale il pubblico ministero o la polizia giudiziaria hanno inoltrato la richiesta di nomina, che in base a criteri fissati dal medesimo consiglio dell'ordine, individua il difensore appropriato 'sulla base di competenza specifiche, della prossimità alla sede del procedimento e delle reperibilità', art. 97 comma secondo c.p.p..

Merita un accenno la possibilità che si sia di fronte ad una situazione d'urgenza, in tale ipotesi, viene consentita all'autorità

²⁴⁴ Negli elenchi predisposti dall'ordine forense possono iscriversi solo gli avvocati che risultano in possesso di determinati requisiti: 1) l'aver conseguito un'attestazione di idoneità, rilasciata dall'ordine forense di appartenenza, a seguito della frequenza e superamento di corsi di preparazione e aggiornamento; 2) il poter dimostrare, con valida documentazione, di aver esercitato la professione nel settore penale per almeno due anni consecutivi.

precedente la facoltà d'individuare discrezionalmente un difensore d'ufficio, l'unico requisito richiesto e rispettato sarà quello della immediata reperibilità²⁴⁵.

Il diritto di difesa applicato alla fase precautelare si sostanzia nel diritto dell'indagato privato della libertà personale, di conferire col proprio difensore nel momento immediatamente successivo all'esecuzione della misura limitativa, art. 104 comma 2 c.p.p..

Il primo passo in tal senso è stato fatto dalla legge delega, la quale, diversamente da quanto previsto all'art. 135 del codice abrogato²⁴⁶, disponeva che il colloquio tra fermato e difensore fosse concesso immediatamente e comunque non oltre sette giorni dal momento in cui veniva data esecuzione al fermo. Parallelemente scaturisce l'esigenza di un'immediata comunicazione dell'avvenuto fermo che, come abbiamo precedentemente visto, la polizia giudiziaria deve realizzare nei confronti del difensore. L'attuale codice prevede all'art. 104 che possa applicarsi ai casi di fermo la disciplina dettata per le misure cautelari, individuando il 'diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura', contestualmente vi si affiancano, anche se in disposizioni separate, l'immediato avviso dato al difensore e l'attribuzione allo stesso della facoltà di accedere ai luoghi in cui è custodito il fermato, ex art. 36 disp. att. c.p.p..

²⁴⁵ G. Conso, V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, cit., p.148.

²⁴⁶ Il citato articolo prevedeva la possibilità per l'indagato di conferire col proprio difensore solo dopo lo svolgimento delle attività di interrogatorio, di deposito degli atti ovvero alla citazione ordinata dal pretore oppure ordinata dal pubblico ministero, subordinando dunque lo stesso all'emanazione di un provvedimento autorizzatorio di carattere discrezionale da parte del giudice istruttore.

Il legislatore ha ritenuto necessario inserire la possibilità che allo stesso si affianchi una deroga; il comma 3 infatti stabilisce che: 'nel corso delle indagini preliminari, quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio di conferire con il difensore'. Con specifico riferimento al fermo il comma 4 specifica poi, che tale facoltà è esercitabile fino al momento in cui il fermato è messo a disposizione del giudice e alla dilazione provvede direttamente il pubblico ministero, non essendoci lo spazio temporale necessario per rimandare la questione al g.i.p.. Che si tratti di dilazione durante l'esecuzione di una misura cautelare o del fermo, è comunque richiesta l'emanazione di un provvedimento motivato, nel secondo caso emesso dal pubblico ministero e indicante le specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, “solo la effettiva specificità ed eccezionalità di queste ragioni impedirà una prassi generalizzata di differimenti, la quale finirebbe per rendere il congegno peggiorativo rispetto a quello che sarebbe risultato ancorando il diritto ai colloqui al momento immediatamente successivo al primo interrogatorio”²⁴⁷. Affinché ci siano delle accettabili esigenze giustificatrici del provvedimento, deve trattarsi di “necessità fuori del comune, attinenti allo svolgimento delle indagini che rischierebbero di subire uno sviamento o, comunque, un pregiudizio da un colloquio del [...] fermato con il proprio difensore”²⁴⁸.

²⁴⁷ *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 47.

²⁴⁸ Cort. Cass. Pen., sez. II, 21 marzo 1990, Ghidini, in *Giur. It.*, 1990, II, c. 209.

Il nuovo dettato codicistico offre un ulteriore punto di rottura col precedente sistema in quanto pone un'importante correlazione tra l'art. 104 e l'impostazione prettamente difensiva dell'interrogatorio, previsto nella direttiva n°5 della legge delega-bis che, quindi, rileggendo la consultazione tra fermato e difensore come strettamente funzionale all'esito dell'interrogatorio, si pone in netto contrasto con quanto dettato nella direttiva n°4 del 1974 la quale consentiva - dietro la necessità di dare concreta attuazione al principio di parità delle armi tra pubblico ministero e difensore - il differimento del colloquio fino a dopo il primo interrogatorio. Tale misura era posta ad evitare una disparità di trattamento consentendo che il fermato un contatto prima col proprio difensore invece che con il pubblico ministero.

Le modifiche sono state introdotte perché è sembrata “inopportuna una esasperata tipizzazione 'in positivo' dei casi di differimento e preferibile, invece, lasciare la valutazione in concreto al giudice, secondo una discrezionalità vincolata ad alcuni limiti, ulteriore rispetto a quella temporale del differimento, [tuttavia] esiste, poi, un limite 'in negativo' che non si è giudicato conveniente esprimere in una norma, ma che discende dal sistema: la dilazione non può essere disposta per impedire di consultare il difensore per l'udienza di convalida del fermo [...] ovvero per l'interrogatorio”²⁴⁹.

Non manca in dottrina chi reputi legittimo, da parte del pubblico ministero, utilizzare la dilazione più volte fino al momento di

²⁴⁹ *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 47.

svolgimento dell'udienza di convalida, purché siano addotte a motivazione ragioni di volta in volta diverse. A tal proposito altra parte di dottrina, a giustificare la propria posizione contraria a detta interpretazione, sottolinea come in questo caso al difensore impossibilitato a disquisire col proprio assistito, rimarrebbe solo l'arma della denuncia disciplinare per opporsi alle suddette dilazioni²⁵⁰. La stessa Corte di Cassazione ha osservato come non è stato pensato dal legislatore nessun sistema sanzionatorio nei confronti di chi trasgredisca la regola fissata dall'art. 104 o faccia comunque un uso improprio dello strumento della dilazione²⁵¹.

Di non facile risoluzione è l'eventuale applicazione del regime delle nullità; da una parte si riteneva di poter escludere tale impiego in virtù del principio di tassatività, ex art. 177 c.p.p., non facendo l'art. 104 nessun riferimento al regime di nullità e anche perchè per esplicita previsione dell'art. 178 lett. c), è richiesto che l'inosservanza riguardi “l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato”²⁵², per cui sembrerebbe inapplicabile il regime della nullità generale.

Parte della dottrina si è subito espressa criticamente rilevando come “per affermare che la violazione ipotetica dell'art. 104 non è colpita dalla sanzione della nullità [...] bisognerebbe ritenere che il diritto al colloquio con il difensore spettante all'imputato *in*

²⁵⁰ E. Zaffalon, *Diritto delle libertà: l'arresto ed il fermo di polizia giudiziaria*, cit., p. 35.

²⁵¹ Precisamente ha sentenziato che “pur definendo in modo molto rigoroso gli ambiti in cui può operare l'eccezionale differimento dell'esercizio di tale diritto, [...], non prevede alcuna sanzione diretta in caso di trasgressione” da Cass., sez. I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 431.

²⁵² Cass., sez. II, 21 marzo 1990, Ghidini, cit.

vinculis non sia finalizzato alla di lui assistenza tecnica”²⁵³, infatti affinché si possa attuare pienamente il diritto di difesa non basta che la presenza e l'azione del difensore siano garantite al momento dello svolgimento dell'udienza di convalida, ma è strettamente necessario che si garantisca la conoscenza allo stesso difensore di quelle che sono le esigenze difensive, le quali possono essere apprese completamente solo attraverso il colloquio con l'assistito²⁵⁴.

Questo indirizzo è stato efficacemente recepito dalla stessa giurisprudenza che ha sancito come il differimento immotivato del colloquio prima dell'udienza di convalida sostanzia una negazione del diritto di difesa sanzionabile con la nullità generale, la stessa norma, art. 178 lett. c) c.p.p., sarà applicabile qualora la dilazione illegittima perdurerà fino al momento dell'interrogatorio, sempre per inosservanza di norma relativa all'assistenza dell'imputato o indagato²⁵⁵.

In virtù del principio di tassatività il decreto col quale si ordina la dilazione non è autonomamente impugnabile in quanto trattasi di nullità incorsa prima dell'udienza di convalida rientrante perciò nell'ipotesi prevista dall'art. 180 c.p.p. e applicabile, in via per estensione analogica ex art. 61 comma 1 del codice di rito, anche al fermato e al successivo giudizio di convalida e riesame. Per

²⁵³ A. Cristiani, *Commento all'art. 104*, in *Commento al codice di procedura penale*, cit., vol. I, p. 480-481.

²⁵⁴ Cass., sez. I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, cit..

²⁵⁵ Tale interpretazione è ricavabile in negativo dalla pronuncia della Corte di Cassazione, con la quale ha rigettato il ricorso, escludendo che la ritenuta invalidità del decreto ex art. 104, terzo comma, c.p.p., avesse prodotto la conseguente del successivo interrogatorio, in quanto il giudice ne aveva sospesa l'esecuzione, proprio per dar modo all'arrestato di conferire col difensore, sent. N° 1809 del 21 maggio 1992 (cc. 27.4.92) rv. 190379.

cui le suddette nullità saranno rilevabili prima dell'emanazione di provvedimenti da parte del giudice delle indagini preliminari.

Parte della dottrina ritiene che essendo il provvedimento di differimento inficiato da nullità generale, in virtù della comunicabilità del vizio agli atti consecutivi che dall'atto nullo dipendono, deve rilevarsi la nullità degli atti quali l'ordinanza di convalida del fermo o dell'interrogatorio reso senza il precedente contatto tra fermato e difensore²⁵⁶.

Infine l'art. 36 disp. Att. c.p.p., oltre a prevedere l'accesso ai luoghi di custodia del difensore per poter conferire col fermato, determina al terzo comma che 'quando è disposta la dilazione prevista dall'articolo 104 commi 3 e 4 del codice, copia del relativo decreto è consegnata a chi esercita la custodia ed è da questi esibita all'arrestato, al fermato, alla persona sottoposta a custodia cautelare o al difensore che richiedono il colloquio', la mancata esibizione non determina alcuna nullità, non potendosi far rientrare la violazione dell'art. 36 disp. Att. c.p.p., nel disposto dell'art. 178 del codice vigente²⁵⁷.

²⁵⁶ In tal senso si è espressa la Cort. Cass., sez. I, 26 marzo 1992, Morreale, C.E.D. Cass., n° 190269, superando un precedente orientamento in tema di arresto nel quale aveva affermato che “la sospensione dei colloqui tra l'arrestato e il suo difensore, ancorché disposta illegittimamente dal p.m., non spiega alcun effetto sulla legittimità della convalida dell'arresto eventualmente fatto”, sent. Del 3 ottobre 1990, Mauro, cit..

²⁵⁷ Cor. Cass., sez. II, 21 marzo 1990, Ghidini, cit..

3.3 L' interrogatorio.

L'art. 388 detta la normativa sull'interrogatorio del soggetto sottoposto a misura precautelare: comma 1 'il pubblico ministero può procedere all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato, dandone tempestivo avviso al difensore di fiducia ovvero, in mancanza, al difensore d'ufficio'. In primis vediamo come il legislatore sceglie una formula non imperativa sancendo la *facoltà* per il pubblico ministero di procedere all'interrogatorio, dando piena attuazione a quanto disposto dalla direttiva 34 della legge delega n° 81 e distaccandosi completamente da quanto previsto nel previgente codice, nel quale il pubblico ministero era tenuto a procedere all'interrogatorio 'appena' il fermato veniva messo a propria disposizione, ex art. 245 abrogato.

Il carattere facoltativo determina che la mancata realizzazione dello stesso non produrrà alcuno effetto sul proseguo del procedimento, diversamente da quanto accade per le misure obbligatorie e a quanto accadeva in passato, quando l'inattività del pubblico ministero comportava la declaratoria di nullità insanabile che, invalidando l'intero procedimento di convalida, comportava l'immediata scarcerazione del fermato.

Le finalità a cui si ispira detto atto rientrano “sia nella funzione difensiva che l'atto assolve, sia in quella della raccolta degli elementi che occorrono per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”²⁵⁸. D'altronde in dottrina non

²⁵⁸ *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 98.

manca chi sottolinea il risalto dell'uno o dell'altro fine: per alcuni il non poter più qualificare tale interrogatorio come sommario e il richiamo esplicito agli artt. 64 e 65 del codice ne sottolineano il carattere difensivo, anche se “non dovrebbe poter prescindere dalla funzione eminentemente difensiva che l'interrogatorio, in tutte le sue specie, è chiamato ad esplicare”²⁵⁹; per altri non bisogna sottovalutare l'importanza della “funzione di verifica probatoria, [la quale non solo fonda la legittimità del fermo, ma è fondamentale] anche in relazione all'eventuale futura richiesta di misura coercitiva”²⁶⁰. La più autorevole giurisprudenza non manca di sottolineare l'importanza che lo stesso svolge ai fini di un primo controllo sull'operato della polizia giudiziaria qualora l'interrogatorio sia utilizzato come strumento atto a “garantire l'immediata liberazione della persona privata della libertà personale, ex art. 389 c.p.p., nel caso in cui l'arresto o il fermo sia stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi previsti dalla legge”²⁶¹.

Ed è proprio quest'ultimo “istituzionale risolto finalistico”²⁶² che permette all'interrogatorio di cui sopra di distinguersi nettamente da quelli previsti rispettivamente dagli artt. 294 e 364 del codice di rito.

Circa i limiti temporali entro i quali deve svolgersi l'interrogatorio la norma non dice alcunché di preciso per cui

²⁵⁹ M. Chiavario, *La riforma del processo penale, Appunti sul nuovo codice*, cit., p. 178.

²⁶⁰ A. Nappi, *Guida al nuovo codice*, cit., p. 198.

²⁶¹ Corte di Cassazione penale, sez. I, 13 febbraio 2003, n° 9492 in G.G. Pangallo, *L'arresto e il fermo*, cit., p. 177.

²⁶² L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 388*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. IV, p. 425.

anche su questo aspetto vi sono più interpretazioni. La dottrina maggioritaria ritiene che il suddetto interrogatorio possa esplicarsi in un lasso temporale ricompreso tra la messa a disposizione del fermato al pubblico ministero e la richiesta dell'udienza di convalida, per cui l'applicazione di quanto disposto dall'art. 388 sarà circoscritto alle scelte che il pubblico ministero adotterà in tale lasso temporale, senza ovviamente, nulla togliere alla libertà del p.m. di procedere ad interrogatorio in un momento antecedente o posteriore a quello appena circoscritto, con la differenza che si applicherà la regola prevista dall'art. 364 c.p.p.²⁶³. Secondo altra parte della dottrina invece non avendo espresso il legislatore limiti temporali all'esercizio dell'azione, “in applicazione del più generale disposto dell'art. 64 c.p.p., nulla vieta che l'interrogatorio possa essere effettuato dal pubblico ministero anche nel lasso di tempo intercorrente tra la richiesta di convalida e la relativa udienza”²⁶⁴, potendo addirittura “avere luogo anche dopo il giudizio di convalida”²⁶⁵. Secondo tale interpretazione l'unico limite è dato dall'esigenza che l'azione del pubblico ministero, benché libera, non intralci lo svolgimento dell'udienza di convalida. Inoltre merita sottolineare come tale interrogatorio può essere svolto anche dal pubblico ministero che ha disposto il fermo qualora sia diverso da quello al quale il fermato è stato messo a disposizione.

La seconda parte del primo comma dell'art. 388 prevede che venga dato *tempestivo* avviso al difensore, di fiducia o d'ufficio,

²⁶³ *Ivi*, p. 428.

²⁶⁴ A. Ferrero, *Arresto e fermo*, cit., p. 79.

²⁶⁵ D. Carcano, G. Izzo, *Arresto, fermo e misure coercitive*, cit., p. 19.

che sia. La scelta dell'aggettivo utilizzato dal normatore non è casuale, visto che l'intento è quello di evitare “formule troppo rigide sui tempi dell'avviso, tanto più che l'impossibilità di rispettare il termine 'rigido' avrebbe sempre comportato il ricorso all'art. 363 – poi diventato l'art. 364 nel testo definitivo – che prevede l'omissione dell'avviso nell'ipotesi di assoluta urgenza”²⁶⁶. Infatti le altre disposizioni - indicando un preavviso di almeno ventiquattro ore, ex art. 364 terzo comma, e in caso di preavviso più breve, la necessità che siano indicate dal pubblico ministero le cause di 'assoluta urgenza' che lo giustificano, ex art. 364 sesto comma - rendono il procedimento eccessivamente pernicioso per la velocità della fase in cui si viene a inserire l'interrogatorio. L'obbligatorietà dell'avviso che incombe sul pubblico ministero non corrisponde alla inevitabile presenza del difensore affinché si possa legittimamente procedere ad interrogatorio del fermato. La direttiva 34 della legge delega n° 81 pur parlando di 'diritto del difensore ad assistere all'interrogatorio' non sancisce la presenza necessaria dello stesso, bensì è stato introdotto per scongiurare le interpretazioni che avrebbero letto nel disposto la facoltatività come libera scelta discrezionale del pubblico ministero sulla comunicazione del luogo e del tempo in cui l'interrogatorio si sarebbe svolto.

Anche su questo aspetto si è distinto tra difensore di fiducia, il quale sarebbe libero di scegliere se assistere o meno all'interrogatorio, mentre non avrebbe tale facoltà di scelta il difensore d'ufficio, in quanto la predisposizione di turni di

²⁶⁶ *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 98.

reperibilità e l'attività obbligatoriamente retribuita, rappresentano il massimo carattere di effettività della sua funzione, per cui sarà ineludibile la sua presenza durante il compimento degli atti garantiti²⁶⁷.

Circa le modalità in cui si risolve l'interrogatorio, il secondo e ultimo comma dell'articolo in esame prevedono che il fermato sia informato 'del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti'. Inoltre si osservano le forme previste dalla regola generale dettata per l'interrogatorio ex art. 64 c.p.p., riferendosi principalmente al dare avviso al fermato della facoltà di non rispondere e che, qualora vi facesse ricorso il processo andrà comunque avanti seguendo il suo corso naturale. Volendo “evidenziare come, tra le finalità dell'interrogatorio in questione rientri anche quella concernente la definizione della posizione del fermato e la sua suscettibilità ad evolvere tanto verso la immediata liberazione quanto verso la formulazione della richiesta di convalida”²⁶⁸ e la sua posizione non ancora processuale, appare ovvio che il legislatore abbia voluto eliminare il carattere della *sommarietà*²⁶⁹, che invece qualificava e distingueva questo interrogatorio dagli altri nell'art. 395 del Progetto preliminare del 1978, in quanto appariva inopportuno

²⁶⁷ E. Zaffalon, *Diritti delle libertà: l'arresto ed il fermo di polizia giudiziaria*, cit., p. 36.

²⁶⁸ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 388*, in *Commento al nuovo codice*, cit., p. 429.

²⁶⁹ Si qualificava sommario l'interrogatorio del fermato per via della sua “non assimilabilità dell'atto ad un vero e proprio interrogatorio come strumento tipico di una fase già processuale” in *Relazione al progetto preliminare del 1978*, cit., p. 344.

aggiungere un aggettivazione che sottolineasse il suo carattere pre-processuale. Importante è rilevare come detto interrogatorio realizzi “un primo embrionale contraddittorio sulla libertà personale idoneo a prospettare al pubblico ministero tutta una serie di circostanze capaci di inficiare la legittimità formale e/o sostanziale del provvedimento pre-cautelare”²⁷⁰.

Le dichiarazioni rilasciate dal fermato in sede di interrogatorio vengono inserite nel fascicolo del pubblico ministero e se inserite nel fascicolo del dibattimento possono essere utilizzate per le contestazioni, le quali potranno essere utilizzate dal giudice per la valutazione della persona fermata ex art. 500 c.p.p.. Nel caso in cui il fermato durante l'interrogatorio confessi, il pubblico ministero potrà procedere al giudizio per direttissima, dinanzi al tribunale come previsto dall'art. 499 comma 5 c.p.p., presentando l'imputato in stato di custodia oppure conducendo l'imputato libero all'udienza che sarà fissata per il quindicesimo giorno successivo dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Il soggetto legittimato a porre in essere l'interrogatorio è solo il pubblico ministero, l'art. 370 del codice di rito vieta esplicitamente che possa farsi delega a favore degli organi di polizia giudiziaria, nonché l'art. 350 pone il divieto alla stessa di assumere sommarie informazioni dal soggetto privato della libertà personale. La preclusione trova fondamento nell'idea che il fermato, più dell'indiziato libero, può subire l'assoggettamento della polizia giudiziaria subendo quindi un condizionamento

²⁷⁰ L. Bresciani, voce *Fermo*, cit., vol. V, p. 232.

nelle proprie dichiarazioni²⁷¹.

Il divieto non si applica nei casi di assunzione, sul luogo o nell'immediatezza del fatto, anche senza la presenza del difensore, di notizie ed indicazioni utili per l'immediata prosecuzione delle indagini, disponendo tale libertà alla polizia giudiziaria il legislatore del 1988 ha voluto ampliare i poteri dell'organo di polizia nella fase immediatamente successiva all'assunzione della notizia criminis, per evitare dispersioni inutili di notizie fondamentali per il proseguo delle indagini²⁷².

Tutto ciò non preclude alla polizia giudiziaria di assumere spontanee informazioni rese dal fermato, in tal caso si tratta di dichiarazioni rese al di fuori dello schema dell'interrogatorio, possono contenere anche ammissioni di colpa, necessario è che tutto sia verbalizzato a norma dell'art. 357 secondo comma. Queste informazioni non potranno essere utilizzate nel dibattimento tranne che per le contestazioni. Infine si sottolinea come le dichiarazioni spontanee possono essere assunte da qualsiasi agente di polizia giudiziaria mentre l'assunzione delle sommarie informazioni, alla presenza del difensore, trattandosi di dichiarazioni provocate, possono essere assunte solo dagli ufficiali di polizia giudiziaria.

²⁷¹ Progetto preliminare del 1978, cit., p. 273.

²⁷² G. Salvi, *Rapporti tra la polizia giudiziaria e il pubblico ministero*, in *Giust. Pen.*, 1989, III, c. 722 s. .

3.4 I casi di immediata liberazione del fermato.

Il codice di rito prevede all'art. 389 che in determinati casi si disponga l'immediata messa in libertà del fermato, è richiesto che si sia compiuto un errore materiale, nell'individuazione della persona, la rilevanza di una situazione di illegittimità conosciuta dall'interrogatorio o la constatazione che si è in presenza di una scriminante.

Il potere di liberazione è attribuito al pubblico ministero, agli ufficiali di polizia giudiziaria e al giudice per le indagini preliminari, ognuno competente in base al momento in cui la liberazione diventa necessaria. Per quel che riguarda specificamente l'art. 389, lo stesso sembra delineare la sua fase di operatività nel lasso temporale intercorrente tra l'esecuzione del fermo e l'udienza di convalida, per cui appare evidente che l'intervento potrà essere posto in essere dal pubblico ministero con l'ausilio della polizia giudiziaria.

La dottrina ha formulato tre ipotesi inerenti all'attribuzione di detto potere al pubblico ministero: secondo la prima l'operatività del suddetto articolo cessa nel momento in cui si procede alla richiesta di convalida della misura, con tale esercizio il pubblico ministero perde la possibilità di porre in essere la liberazione del fermato in quanto implicitamente dichiara non sussistenti i motivi che l'avrebbero resa obbligatoria; per la seconda, partendo dall'assunto che secondo la prima teoria la liberazione non potrebbe più essere ordinata dal pubblico ministero fino a

chiusura dell'udienza di convalida, ritiene invece che qualora siano state rilevate o siano sopraggiunte le condizioni per procedere alla liberazione, il pubblico ministero può richiederne l'esecuzione fino al momento di chiusura dell'udienza. In ultimo si ritiene che il pubblico ministero possa decidere della liberazione del fermato fino al momento di fissazione dell'udienza da parte del giudice per l'indagine preliminare, potendo il p.m. revocare fino a quel medesimo momento la richiesta di convalida²⁷³.

Il pubblico ministero procede a richiedere l'immediata liberazione con decreto motivato qualora si sia di fronte al fermo eseguito con errore di persona, sull'identità fisica, o si tratti di esecuzione fuori dei casi stabiliti dalla legge oppure per decorrenza dei termini perentori, cioè ventiquattro ore dall'esecuzione della misura per la messa a disposizione del p.m. e quarantotto ore per la richiesta dell'udienza di convalida, provocando la decadenza dell'efficacia della misura. Ovviamente la legittimazione spetta al pubblico ministero del luogo in cui il fermo è in esecuzione, inoltre “è parso incongruo vietare al pubblico ministero, che lo ha disposto – diverso da quello legittimato alla richiesta di convalida – ogni possibilità di porre nel nulla un suo provvedimento mediante una tempestiva revoca dello stesso, quando ne abbia accertato la illegittimità o l'inopportunità”²⁷⁴, per cui risulta anche quest'ultimo legittimato a richiedere la messa in libertà.

²⁷³ A. Ferraro, *Arresto e fermo*, cit., p. 85 s..

²⁷⁴ *Ivi*, p. 84.

Il secondo comma dell'art. 389 dispone che anche la polizia giudiziaria può operare la liberazione del fermato prima che lo stesso venga messo a disposizione del pubblico ministero, qualora si tratti di misura erronea o eseguita illegittimamente. La norma individua il soggetto operante come lo 'stesso ufficiale' che ha eseguito la misura, sembra non considerare che il fermo può essere eseguito anche da un agente semplice, il quale dovrà provvedere a informarne il pubblico ministero. La presenza nel dispositivo della parola *stesso* ufficiale non ha destato molti problemi interpretativi in quanto la dicotomia è stata risolta dall'art. 120 disp.att.c.p.p., il quale puntualizza che la liberazione è un'attività doverosa a cui può procedervi anche l'ufficiale gerarchicamente sovraordinato nell'ambito del medesimo organismo a cui appartiene l'operante²⁷⁵, sottolineandosi in tal modo il “rapporto diretto tra chi opera il fermo e l'ufficio cui appartiene”²⁷⁶. Ferma restando la competenza dell'agente di polizia giudiziaria ad eseguire il fermo, lo stesso art.120, impone all'agente di comunicare l'avvenuta misura all'ufficiale a cui è sottoposto, in modo da consentirne, già in tale fase, “una funzione di controllo e di prima deliberazione sull'attività di chi è gerarchicamente subordinato”²⁷⁷. L'ambito di applicazione risulta infine limitato ai soli casi in cui la misura è stata assunta dietro iniziativa degli organi di polizia giudiziaria, tale controllo è assolutamente precluso invece qualora gli stessi abbiano svolto il

²⁷⁵ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria*, cit., pp. 265-266.

²⁷⁶ L. D'Ambrosio, P.L. Vigna, *La pratica*, cit., p. 451.

²⁷⁷ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 389*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. IV, p. 437.

semplice ruolo di braccio esecutore di un'ordine dettato dal pubblico ministero, in tal caso spetterà allo stesso magistrato pronunciarsi sulla liberazione del fermato. Per cui il lasso temporale in cui la l'ufficiale di polizia può disporre la libertà del fermato risulta compreso tra il momento di materiale esecuzione della misura pre-cautelare e il momento di messa a disposizione del fermato al pubblico ministero, tale interpretazione è sostenuta dal dettato dell'art. 386 nella parte in cui dispone che la messa a disposizione debba avvenire 'al più presto e non oltre le ventiquattro ore' qualora 'non ricorra l'ipotesi dell'art. 389 comma 2'. Una volta eseguita la liberazione l'ufficiale di polizia giudiziaria ha l'obbligo di darne notizia al pubblico ministero subito, e comunque non oltre le ventiquattro ore dall'esecuzione, nulla si dice circa la documentazione che dovrà accompagnare l'atto, ma si ritiene opportuno che venga formato un verbale o che venga inserito in calce al verbale di fermo²⁷⁸.

Le ipotesi in cui si rende obbligata la messa in libertà del fermato si evincono dal disposto dell'art. 389 e sono tre: la prima riguarda l'errore di persona, e comporta il controllo di chi ha eseguito la misura tra il *reus* - il colpevole - e il *captus* - il catturato - tale errore può riguardare sia l'identità fisica, art. 68 c.p.p., sia le generalità della persona in vinculis, art. 66 c.p.p., ma per l'immediata liberazione risulta rilevante solo il primo di detti errori; nella seconda ipotesi il legislatore vi fa rientrare, con l'utilizzo della formula 'fuori dei casi consentiti dalla legge', tutte le ipotesi di privazione illegittima della libertà personale. Sono

²⁷⁸ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria*, cit., p. 267.

compresi: il fermo adottato nonostante il divieto, ad esempio per difetto del titolo di reato o dei limiti della pena; il fermo adottato dietro un'erronea valutazione o l'assenza delle condizioni richieste, ad esempio la non gravità degli indizi o il mancato pericolo di fuga; l'esistenza di cause di non punibilità, ad esempio fermo disposto nonostante si sia in presenza di un caso di legittima difesa²⁷⁹.

Infine abbiamo il caso di sopravvenuta inefficacia della misura, per cui il pubblico ministero dovrà disporre il decreto in libertà se: a) la polizia giudiziaria non ha messo il fermato a sua disposizione nel termine previsto mediante la conduzione presso un istituto di custodia; b) se gli organi di polizia giudiziaria non hanno trasmesso al pubblico ministero il verbale di fermo entro ventiquattro ore o, comunque, entro il termine dilazionato dallo stesso, al massimo altre ventiquattro ore; c) se il pubblico ministero non ha formulato la richiesta di convalida entro quarantotto ore dal fermo, non rilevando il momento in cui la richiesta è pervenuta al giudice per le indagini preliminari.

Separata da tutte le ipotesi troviamo poi quella prevista dall'art. 121 disp.att.c.p.p., il quale pone il dovere al pubblico ministero di ordinare la liberazione del fermato qualora vengano meno le esigenze cautelari necessarie per la richiesta al giudice delle indagini preliminari dell'adozione di una misura coercitiva²⁸⁰. Questa disposizione è ovviamente ispirata al favor libertatis, il

²⁷⁹ Cass., sez. VI, 25 gennaio 1990, Beccaria, in *Cassazione Penale*, 1990, II, p. 64, n° 24.

²⁸⁰ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria*, cit., p. 267-268.

legislatore ha reputato inadeguato qualora vengano meno i presupposti indicati nell'art. 274 c.p.p., mantenere lo stato di privazione di libertà personale, anche se adottato legittimamente, “in difetto di una tale disposizione si sarebbe verificato l'assurdo di un arresto o fermato necessariamente in vinculis per tutto il tempo occorrente per la fissazione dell'udienza di convalida, il cui esito, tuttavia, avrebbe inderogabilmente comportato, stante l'inerzia del pubblico ministero nel sollecitare misure coercitive, la sua liberazione”²⁸¹.

Conseguentemente, non appena ci si trovi dinanzi all'ipotesi appena vista, il pubblico ministero deve immediatamente adottare il provvedimento liberatorio giacché “in materia di libertà personale vige la regola di una discrezionalità vincolata riconducibile alla figura del dovere, escludendosi, pertanto, la sussistenza di una facoltà o di una discrezionalità libera”²⁸².

Ciò non elimina l'interesse del pubblico ministero a richiedere ugualmente la fissazione dell'udienza di convalida, e anche il soggetto rimesso in libertà ne avrà interesse in funzione garantistica, “non essendogli sufficiente che la liberazione si fondi su una valutazione del pubblico ministero circa l'assenza di esigenze cautelari”²⁸³, ciò è tecnicamente possibile e coerente con la disciplina dell'udienza di convalida, in quanto pur discutendosi nel medesimo momento dell'udienza e della richiesta di misure coercitive, queste sono tra loro autonome e

²⁸¹ G. Conti, A. Macchia, *Il nuovo processo penale*, Roma, 1990, p. 163.

²⁸² F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 158 s..

²⁸³ G. Amato, M. D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria*, cit., p. 268.

indipendenti. Della fissazione dell'udienza dovrà darsi avviso anche all'indagato, il quale qualora fosse ancora sottoposto a una misura restrittiva della libertà personale, nel lasso temporale intercorrente tra la richiesta di fissazione dell'udienza da parte del pubblico ministero e l'udienza stessa, potrebbe legittimamente esser messo in libertà, qualora si sia verificata una delle cause che determinano l'emanazione del provvedimento, ex art. 121 disp.att.c.p.p.. Tale “previsione normativa può essere considerata coerente proprio in quanto non si traduca in un passaggio di carte dal pubblico ministero e il giudice, [ma permetta al primo] di intervenire con celerità ponendo fine ad una condizione restrittiva che si rilevi ingiustificata”²⁸⁴.

²⁸⁴ P.P. Rivello, *Commento all'art. 121 disp.att.c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. I, p. 459.

CAPITOLO IV

IL PROCEDIMENTO DI CONVALIDA

4.1 La richiesta di convalida.

Con la presentazione dell'istanza di convalida al g.i.p., il pubblico ministero si spoglia della qualità di *dominus* per ossequiare alla c.d. Giurisdizionalizzazione del procedimento di convalida. Il legislatore richiede infatti “null'altro che l'applicazione particolare della regola per la quale ogni potere decisorio va riservato ad organi non coinvolti nella funzione investigativa”²⁸⁵, per cui il g.i.p. dovrà mantenere la propria posizione ferma sul “versante della giurisdizione di libertà dove solo se egli non si lascia coinvolgere nella logica delle investigazioni eviterà il rischio di evolversi a fotocopia del p.m.”²⁸⁶.

L'organo inquirente perde in questa fase ogni potere di determinazione inerente la *quaestio libertatis* attraverso l'atto di messa 'a disposizione' del giudice, secondo quanto disposto dalla direttiva n° 34 della legge-delega 81, entro le quarantotto ore dal fermo, traducendosi nell'adempimento del semplice obbligo da parte del pubblico ministero di inoltrare la richiesta di decisione sulla convalida²⁸⁷.

²⁸⁵ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 379*, in *Commento al nuovo codice*, cit., Vol. IV, p. 357.

²⁸⁶ De Leo, *L'intervento del giudice nelle indagini preliminari a garanzia della libertà e dei diritti patrimoniali dell'indiziato*, in *Giust. Pen.*, 1989, III, p. 354.

²⁸⁷ Questa interpretazione viene fornita dal legislatore nell'ultima versione della

Attualmente la materia è disciplinata dall'art. 390 c.p.p. che pone ad apertura una rigida scansione temporale per la presentazione della richiesta di convalida, infatti prevedendo che la stessa venga disposta 'entro quarantotto ore dal fermo' si pone in linea con quanto previsto costituzionalmente dall'art. 13 co. 3 Cost. circa il rispetto delle “cadenze previste per l'espletamento del controllo sulla legittimità del provvedimento provvisorio”²⁸⁸. La decorrenza di tale termine deve essere collegata alla reale perdita dello status libertatis eliminando così qualsiasi escamotage dilatorio. Tale osservazione è valida soprattutto nei casi di fermo in cui il p.m. abbia emanato un provvedimento sostitutivo di quello inizialmente adottato dalla polizia giudiziaria ex art. 384 co. 2 c.p.p. perché altrimenti, in un'ottica di economia processuale, il provvedimento del pubblico ministero altro non sarebbe che una illegittima proroga del provvedimento già assunto dalla p.g.²⁸⁹.

Il primo comma dell'articolo in esame appare inoltre in netto contrasto con quanto previsto dall'art. 121 disp. Att. c.p.p. che impone al pubblico ministero la richiesta di convalida anche nel caso in cui il soggetto sia stato posto in stato di libertà, non ritenendosi opportuna la richiesta di applicazione di misure coercitive; mentre sembra potersi dedurre dal disposto dell'art. 390 che nei casi di applicazione dell'art. 389 c.p.p., il p.m. sia

redazione del *Progetto Preliminare*, nel quale viene soppresso il termine 'messa a disposizione', così facendo “i compilatori del codice hanno voluto ritenere che, la messa a disposizione, è nella specie concretata dalla semplice richiesta di convalida” in A. Ferraro, *Arresto e fermo*, cit., p.86.

²⁸⁸ La Regina, sub. Art. 390 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, II, a cura di Giarda e Spangher, Milano, 2010, 4720.

²⁸⁹ Cass. Pen., sez. I, 6 dicembre 2007, Capasso in *C.e.d. Cass.*, n° 238776.

divincolato dalla richiesta di convalida, bloccando la liberazione del soggetto in vinculis e qualsivoglia intervento-controllo dell'autorità giudiziaria delle indagini preliminari.

Un primo intervento chiarificatore è della Corte di Cassazione, la quale afferma che “il giudizio di convalida del fermo [...] deve seguire anche nel caso in cui il pubblico ministero abbia rimesso in libertà il fermato [...] per una qualsiasi delle ragioni previste dalla legge, non essendo egli esonerato dall'obbligo di sottoporre al controllo giurisdizionale il suo operato e quello della polizia giudiziaria che da lui dipende”²⁹⁰. Non è stata data conferma a tale indirizzo dalla Corte Costituzionale che, trovandosi di fronte alla richiesta di dichiarare l'illegittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 390 c.p.p. nella parte in cui, esclude che il pubblico ministero debba richiedere al giudice per le indagini preliminari la convalida del fermo quando abbia proceduto alla liberazione dell'interessato - particolarmente nei casi di inefficacia ex art. 386 co. 7 e art. 390 co. 3 c.p.p. - fonda tale giudizio sull'osservanza del disposto dell'art. 13 Cost., che imporrebbe sempre un controllo del giudice sulla legittimità dei provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati dall'autorità di pubblica sicurezza.

La Corte in tal caso si è pronunciata dichiarando infondata la questione in quanto 'la stessa formulazione della norma costituzionale induce ad escludere che una pronuncia sulla convalida da parte dell'autorità giudiziaria sia richiesta sempre e comunque'. Risulta invece necessaria la pronuncia qualora si

²⁹⁰ Cass. Sez. VI, 11 luglio 1990, Favano, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1991, p. 278.

siano protratti nel tempo gli effetti del provvedimento restrittivo della libertà adottato dalla polizia giudiziaria, non anche quando tali effetti siano destinati a estinguersi automaticamente per vizi inerenti al procedimento e ancor prima dell'intervento giurisdizionale²⁹¹.

Partendo dall'assunto che il legislatore ha posto quale strumento di comunicazione all'autorità giudiziaria dell'avvenuto fermo la richiesta di convalida, in dottrina si distingue tra: coloro che ritengono superfluo, qualora si sia prodotta per decorrenza dei termini l'inefficacia del provvedimento, che si richieda una pronuncia giudiziaria qualora non sia possibile né sanzionare ulteriormente l'inadempienza né effettuare valutazioni di merito; dalla parte più garantista che ritiene invece, che sia sempre opportuno produrre una pronuncia giurisdizionale qualora si sia posto un atto di restringimento di una libertà fondamentale, “un fermo disposto dal pubblico ministero rivela una potenzialità lesiva della dignità della persona, certamente non reintegrata, ove illegittimamente inferta, dalla inutile decorrenza delle quarantotto ore. Esso reclama un rigoroso controllo sulla sua legittimità cui, appunto, è strumentale il procedimento di convalida”²⁹².

Questa interpretazione è supportata dalla lettura in tal senso di una pronuncia della Corte di Cassazione la quale, riferendosi ai casi di anteriore liberazione del fermato afferma: “l'esigenza che il giudizio di convalida sia richiesto entro il termine di cui all'art.

²⁹¹ Corte Costituzionale nella sent. 2 novembre 1990, n° 515, Crotone in *Cass. Pen.*, 1991, p. 69, n° 23.

²⁹² C. Taormina, *Diritto processuale penale*, cit., p. 124 s..

390 co. 1 c.p.p. e celebrato entro il termine di cui al successivo comma dello stesso articolo, viene meno sia per una ragione logico-sistematica (il cittadino non sopporta situazioni di privazione della libertà e l'esigenza di celerità non sussiste) sia per una ragione testuale, dato che il richiamato co. 1 dell'art. 390 stabilisce che la richiesta dell'udienza di convalida va avanzata nel termine di quarantotto ore dal fermo, qualora il pubblico ministero non debba ordinare l'immediata liberazione [...] del fermato”²⁹³.

Altra questione inerisce l'adempimento del dovere da parte del pubblico ministero, rilevando a tal fine stabilire se ci si trovi o meno dinanzi ad un atto con natura recettizia, avendo rilievo la stessa ai fini del rispetto dei termini per la presentazione della richiesta di convalida. Parte della giurisprudenza sostiene l'irrilevanza, ai fini del computo del termine, della formulazione, ritenendo altresì necessaria la materiale presentazione della domanda nella cancelleria del g.i.p, non anche il deposito nella segreteria del pubblico ministero, anche qualora sia quest'ultimo a rispettare il termine delle quarantotto ore²⁹⁴. Altre volte si è optato per ritenere la misura precautelare adottata ugualmente efficace anche se la richiesta fosse stata solo formulata entro il termine previsto dal co. 1 dell'art. 390 c.p.p.²⁹⁵. In una posizione che può definirsi intermedia troviamo l'orientamento che esclude come significativo il momento di effettiva ricezione da parte del giudice, escludendo quindi l'applicazione dell'art. 172 co. 6 c.p.p.

²⁹³ Cass. Sez. VI, 11 luglio 1990, Favano, cit.

²⁹⁴ Cass. Pen. Sez. I, 8 giugno 1990, Paunkovic, in *Riv. Pen.*, 1991, 425.

²⁹⁵ Cass. Pen. Sez. I, 12 febbraio 1992, D'Avino, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1992, 588.

secondo il quale 'il termine per fare dichiarazioni, depositare documenti o compiere altri atti in un ufficio giudiziario si considera scaduto nel momento in cui, secondo i regolamenti, l'ufficio viene chiuso al pubblico', pertanto risulta consentito trasmettere la richiesta di convalida al di fuori degli orari di servizio e nei giorni festivi, essendo irrilevante l'assenza del personale²⁹⁶.

L'art. 122 disp. Att. c.p.p. intitola 'Trasmissione della richiesta di convalida' ed elenca espressamente quali documenti il pubblico ministero deve trasmettere al giudice per le indagini preliminari con la richiesta di convalida: verbale di arresto o di fermo, copia del documento attestante che l'arrestato o il fermato è stato tempestivamente tradotto nel luogo della custodia, il decreto di fermo emesso ex art. 384 comma 1 del codice di rito. Trattasi di documenti dalla valenza principalmente informativa fondamentali per lo svolgimento del procedimento di convalida che, avendo quale finalità la verifica del rispetto delle condizioni previste dalla legge per l'adozione della misura restrittiva, non può prescindere.

Ci si chiede se tale elencazione sia esaustiva e categorica oppure se viene comunque lasciata al pubblico ministero la libertà di arricchire la produzione documentale, come tra l'altro sembra evincersi dalla lettura del co. 3 dell'art. 391 c.p.p.. Tale norma non appare la più adeguata a sostenere questa lettura del disposto in quanto tratta solo della dimensione dei contributi che possono

²⁹⁶ La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, Milano, Cedam, 2011, p. 249.

esser adottati in udienza, orali o cartolari che siano, e possiede una formulazione ampia appunto per evitare che in sede di contraddittorio il pubblico ministero sia limitato nell'immettere elementi non contenuti nei documenti allegati alla richiesta di convalida. Il d.lgs. n° 12/91 tuttavia aggiungendo un comma 3bis all'art. 390 prevede l'ipotesi in cui il pubblico ministero non sia in grado di presenziare all'udienza, permettendogli in tal caso di 'trasmette al giudice, [...], le richieste in ordine alla libertà personale con gli elementi su cui le stesse si fondano'. In quest'ottica la formulazione dell'art. 122 disp. Att. c.p.p. assume sempre più i caratteri di un elenco che sancisce il minimum dei documenti necessari più che individuarli tassativamente, tant'è che nella stessa Relazione che accompagna il progetto governativo, poi divenuto d.lgs. n° 12/91, si legge che al p.m. nel formulare le richieste sulla libertà personale “unitamente alla richiesta di convalida [nulla] gli impedisce di integrarle o modificarle a seguito delle ulteriori emergenze investigative intervenute fra la richiesta di convalida e l'udienza”²⁹⁷.

Possiamo quindi affermare in generale che “lungi dall'imporre al pubblico ministero una cernita degli atti da trasmettere, [si] consente all'organo dell'accusa la facoltà di produrre tutti i risultati che ritiene utili per corroborare i propri assunti”²⁹⁸, per cui qualora lo ritenga opportuno potrà produrre atti ulteriori quali: il certificato di carichi pendenti (ossia le iscrizioni relative ai procedimenti per i quali la persona ha assunto la qualità di

²⁹⁷ *Relazione al d.lgs. N° 12 del 1991*, cit., p.648.

²⁹⁸ La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 247.

imputato), la documentazione dell'interrogatorio, i risultati dell'attività d'indagine compiuta dopo l'esecuzione della misura restrittiva come i verbali delle informazioni assunte sul luogo o nell'immediatezza del fatto alla presenza del difensore, delle dichiarazioni spontanee, della perquisizione e del sequestro.

Sempre inerente alla tematica dei possibili contenuti della richiesta, troviamo dubbia la necessità che il pubblico ministero vi corredi la motivazione circa la misura adottata. Parte della dottrina ritiene necessaria tale esposizione da parte del p.m., appurato che “il giudice non possa surrogarsi al pubblico ministero nell'individuazione di elementi di prova da questo non evidenziati, pur se risultanti dagli atti”²⁹⁹, per cui appare determinante, soprattutto ai fini dell'eventuale applicazione di una misura cautelare, che siano esposte le ragioni che hanno indotto a ritenere inevitabile l'assunzione del fermo. Altra giurisprudenza invece scinde il piano della richiesta della misura cautelare, per la quale ritiene opportuno l'esposizione delle motivazioni, dalla verifica della regolarità della condotta della polizia giudiziaria e del pubblico ministero nel compimento del fermo. In tale ultimo caso esclude la doverosità della motivazione ricavando tale conclusione “dal fatto che il g.i.p., prima della celebrazione dell'udienza, non può procedere ad un sindacato preliminare della domanda del pubblico ministero per dichiararne l'inammissibilità, una volta riscontrata qualsivoglia carenza; quella del pubblico ministero è pur sempre una richiesta di parte e per questo, più che da un obbligo, può dirsi gravata da

²⁹⁹ Salvi, sub art. 24 D.lgs. 14/1/1991 n° 12, in *Legisl. Pen.*, 1991, 98.

un onere di motivazione”³⁰⁰.

Circa le modalità con cui deve avvenire la tempestiva comunicazione nulla viene specificato dal raffronto tra l'art. 122 disp. Att. c.p.p. e l'art. 390, per cui si ritiene possibile che la stessa avvenga attraverso l'utilizzo del telefax e in generale con uno dei modi previsti dall'art. 64 disp. Att. c.p.p.³⁰¹.

4.2 Il giudice competente e la fissazione dell'udienza.

Circa l'applicazione delle regole sulla competenza da adottare per individuare il giudice per le indagini preliminari davanti al quale deve esser presentata la richiesta di convalida, troviamo non pochi dubbi sull'attribuzione della funzione al g.i.p. che risulta competente sia per materia, secondo quanto previsto dalle regole generali, sia per territorio, ex art. 390 co. 1 in relazione al luogo in cui il fermo è stato eseguito.

Questa doppia applicazione di criteri lascia intravedere le possibili dicotomie che possono nascere in casi particolari, soprattutto quando trattandosi di fermo, si verifichi il caso in cui la misura sia adottata in un luogo diverso da quello in cui il fatto

³⁰⁰ La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 248.

³⁰¹ Art. 64, comma 3 disp. Att. c.p.p. : 'In caso di urgenza o quando l'atto contiene disposizioni concernenti la libertà personale, la comunicazione è eseguita col mezzo più celere nelle forme previste dagli articoli 149 e 150 del codice ovvero è eseguita dalla polizia giudiziaria mediante consegna di copia dell'atto presso la cancelleria o la segreteria. In questo ultimo caso, la polizia redige verbale, copia del quale è trasmessa al giudice che ha emesso l'atto.'

di reato è stato commesso. Qualora “il luogo del fermo non coincida col locus delicti ex art. 8 c.p.p., vi saranno margini di discrezionalità nella scelta del tempo e del luogo della restrizione e conseguenti rischi connessi ad una possibile scelta del giudice da parte del pubblico ministero, tanto ai fini della convalida quanto, e soprattutto, ai fini dell'applicazione della misura cautelare”³⁰².

Il legislatore, mosso da esigenze legate alla promozione della celerità del rito di convalida in quanto fase di controllo sulla regolarità dello stato di privazione della libertà personale da parte del fermato, guarda alla scelta dell'applicazione *inderogabile* di quanto disposto dall'art. 390 del codice di rito, il quale evita che lo stato di fermo si protragga per un tempo non strettamente corrispondente alle esigenze processuali, necessità non contemplabile nel caso di applicazione della regola generale. Il medesimo ragionamento si presta anche al caso in cui la richiesta di convalida sia stata avanzata da un pubblico ministero diverso da quello che ha disposto la misura precautelare, escludendosi che possa assumere rilievo la provenienza soggettiva dell'atto di cui si richiede la convalida³⁰³. Per tali ragioni il legislatore sceglie di affidare le celebrazioni al giudice più prossimo al fermato in modo da ossequiare all'esigenza di porre lo stesso a disposizione dell'autorità nel più breve tempo possibile, come può evincersi dall'art. 123 disp.att.c.p.p. che stabilisce la regola per cui sia il giudice a portarsi nel luogo di custodia per officiare

³⁰² Bronzo, *Ancora precisazioni sull'ambito applicativo dell'art. 27 c.p.p.*, in Cass. Pen., 2010, 3041.

³⁰³ La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 252.

all'udienza di convalida.

Si desume, da quanto finora detto, il carattere inderogabile assunto dalla regola disposta dall'art. 390 c.p.p., la quale rimane di solida applicazione anche qualora la competenza per il procedimento appartenga ad un giudice individuato attraverso l'applicazione di criteri diversi; la stessa Cassazione ha fatto proprio tale orientamento inquadrando la norma tra “le specifiche disposizioni di legge” che l'art. 328 co. 1bis e 1quater c.p.p., considera suscettibili di determinare una deroga alla cognizione del g.i.p. distrettuale³⁰⁴.

Tale indirizzo trova conferma anche nel vigore del principio *lex specialis derogat generali* e nella rigida scansione temporale, più volte richiamata, imposta dall'art. 13 Cost., che mal si concilia “con la non sempre agevole riconoscibilità, nel delitto che ha condotto all'adozione della misura precautelare, della fisionomia di un'ipotesi che radica la competenza del g.i.p. distrettuale”³⁰⁵.

Il g.i.p. una volta ricevuta la richiesta di convalida da parte del pubblico ministero deve provvedere ad una serie di oneri e avvisi necessari per il legittimo svolgimento dell'udienza. In primis egli deve fissare il giorno in cui si terrà l'udienza di convalida 'al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive', ex art. 390 co. 2 c.p.p., al momento in cui il fermato entra nella sua

³⁰⁴ Vedi Cass. Pen. Sez. VI, 18 ottobre 1998, Nasone, in *Cass. Pen. 2001*, 2119. Cotrariamente troviamo D'Ambrosio, *I pubblici ministeri antimafia: prime considerazioni sul d.l. 367/91*, in *Dir. E giust.*, 1991, n° 12, 21, secondo cui “per giudice o pubblico ministero del luogo in cui l'arresto o il fermo è stato eseguito deve intendersi quello nell'ambito del territorio entro il quale l'organo requirente o giudicante esercita le sue attribuzioni e, dunque, per il g.i.p. distrettuale, nell'ambito del territorio dell'intero distretto”.

³⁰⁵ La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 254.

disposizione, cioè da quando riceve la richiesta di convalida corredata dalla documentazione ex art. 122 disp.att.c.p.p.. Qualora il giudice fissi l'udienza prima della ricezione degli atti ricorrerà una mera irregolarità in quanto nessuna norma la sanziona con la nullità “né può essere ravvisata una nullità di ordine generale per inosservanza di disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e nella sua partecipazione al procedimento”³⁰⁶.

Non è lasciata invece priva di effetti l'inosservanza del termine massimo di quarantotto ore per la fissazione dell'udienza, infatti il legislatore ha introdotto al co. 7 dell'art. 391 c.p.p., la cessazione dell'efficacia della misura cautelare 'se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle quarantotto ore successive al momento in cui il fermato è stato posto a disposizione del giudice'. Introdotto con d.lgs. n° 12/91 elimina le possibili interpretazioni giurisprudenziali che tendevano a dar rilievo al termine previsto dall'art. 390 del codice di rito solo in riferimento alla fissazione e all'inizio dell'udienza di convalida, escludendone immotivatamente l'iter e il momento dell'adozione del provvedimento di convalida³⁰⁷.

Una volta fissata l'udienza deve esserne dato avviso al pubblico ministero e al difensore, ex art. 390 co. 2, mentre l'avviso al fermato è contemplato nelle disposizioni attuative del codice di rito all'art. 121 qualora lo stesso sia stato rimesso in libertà; mentre per la persona ancora in vinculis vige la regola

³⁰⁶ Cass.pen., sez. fer., 29 luglio 1993, Dell'Angelo, in *Cass.pen.*, 1994, 2486.

³⁰⁷ Cass. Pen., sez. II, 3 ottobre 1990, D'Avanzo, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 256, n°3.

dell'omissione in quanto generalmente l'udienza si svolge nel luogo in cui il fermato è custodito, art. 123 disp.att.c.p.p., si tratta di una scelta che “riflette l'esigenza di mettere la persona fermata a disposizione del giudice nel più breve tempo possibile. Essa, infatti, comporta un sensibile risparmio in tempo perché evita le complicazioni connesse all'attività di traduzione dei detenuti. Si tratta di una regola derogabile; oltre che nei casi in cui sia stato ripristinato lo status libertatis dell'interessato, la comparizione diretta nel luogo in cui ha sede il giudice viene disposta nei casi di presentazione per la convalida e contestuale giudizio direttissimo oppure laddove sussistano specifici motivi di necessità o di urgenza”³⁰⁸.

Assume maggiore importanza in questa fase il corretto avviso del difensore in quanto trattasi di atti procedurali per i quali vige il diritto per il fermato all'assistenza difensiva, per cui essendo lo stesso diritto regolabile e condizionabile a seconda delle esigenze dell'ordinamento interno, senza per questo secondo la Corte di Cassazione violare gli obblighi contratti dal legislatore con la sottoscrizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il codice pone una ben chiara disciplina.

In primo luogo individua come difensore avente il diritto ad essere informato della fissazione dell'udienza colui che riveste tale qualità al momento in cui l'atto stesso è disposto dall'ufficio, non anche chi acquista successivamente tale qualità. La stessa Corte Suprema in una pronuncia esclude “la nullità del

³⁰⁸ La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 273.

provvedimento di convalida per mancata convocazione alla relativa udienza del difensore di fiducia nominato – con atto indirizzato al p.m. - il giorno prima dell'udienza di convalida, quando il fascicolo con la richiesta era già stato trasmesso al g.i.p.; poiché il magistrato, presentando l'istanza di cui all'art. 390 c.p.p., si spoglia del procedimento, l'eventuale nomina avvenuta nel periodo intercorrente tra la presentazione della richiesta e l'emissione dell'avviso implica l'onere di assumere informazioni su quale sia, in un certo momento, l'autorità procedente”³⁰⁹. Successivamente la Corte precisa che facendo altrimenti “si attribuirebbe alla parte il potere di ritardare, anche indefinitivamente, la celebrazione dell'udienza e, nel giudizio di convalida, di provocare l'inefficacia del fermo”³¹⁰.

In secondo luogo l'evidenza che il legislatore non abbia fissato un preciso termine entro il quale deve tassativamente essere dato avviso al difensore, “evidenzia [come lo stesso legislatore] non ha avuto riguardo alla sufficienza dei tempi per la preparazione tecnica della difesa, ma solo a quelli per la presenza fisica del difensore”³¹¹. Si ha in tal modo una lesione del diritto di difesa solo nel caso di comunicazione tardiva che renda assolutamente impossibile la presenza del difensore all'udienza, nel caso di specie a titolo puramente esemplificativo vediamo come la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto che “l'avviso dato un'ora e venti minuti prima della conclusione dell'udienza fosse sufficiente,

³⁰⁹ Cass. Pen., sez. IV, 20 dicembre 1995, Garbin, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1996, n° 204033.

³¹⁰ Cass. Pen., sez. VI, 17 gennaio 1991, Gobbi, in *Giust. Pen.*, 1991, III, c. 250, m. 54.

³¹¹ D'Ambrosio, sub art. 390 c.p.p., cit., p. 442-443.

tenuto conto da un lato del ristretto arco di tempo entro il quale la convalida doveva esser celebrata e dall'altro della distanza – circa 48 km – tra il luogo di celebrazione dell'udienza e lo studio legale”³¹². Di fronte all'esigenza di procedere nel più breve tempo possibile alla verifica giurisdizionale della restrizione della libertà, non trova alcuno spazio il diritto a godere del tempo e delle condizioni necessarie per costruire una seppur minima difesa, unico elemento che può bilanciare la situazione è il senso di responsabilità del difensore chiamato, il quale messo nelle condizioni di conoscere i termini della vicenda dovrà iniziare a organizzare la strategia difensiva dall'immediato momento in cui viene a conoscenza dell'avvenuta restrizione.

Sanzionati risultano “gli indugi immotivati od il ricorso a condotte defaticanti ed ostruzionistiche”³¹³; l'indugio immotivato non vizia l'atto ma determina a carico dei responsabili sanzioni di carattere disciplinare o penale o a forme di responsabilità civile e tale soluzione appare di logica applicazione anche qualora il difensore compaia in udienza, pur non avendo ricevuto l'avviso³¹⁴.

Diversamente colpito è il caso in cui l'avviso sia propriamente omesso, in tal caso viene pacificamente dichiarata nulla l'udienza, ed è sulla qualificazione della nullità che troviamo invece pareri contrastanti. Un primo indirizzo considera la nullità a regime intermedio stabilendo quindi la possibilità di sanarla

³¹² Cass. Pen., sez. VI, 16 novembre 2010, Ndreu, in *La Regina Katia*, cit., p. 281.

³¹³ L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 390*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. IV, p. 442.

³¹⁴ *Ibidem*.

qualora né il difensore d'ufficio né l'indagato la eccepiscano nel corso dell'udienza; il secondo e più condivisibile indirizzo, facendo leva “sull'equiparazione tra mancata presenza di *un* difensore in udienza e mancata presenza del destinatario 'naturale' dell'avviso”³¹⁵, reputa la sanzione della nullità assoluta.

La tesi della nullità assoluta trova maggiore rispondenza in dottrina e in giurisprudenza e propaga i suoi effetti processuali sugli atti successivi che sono alla stessa legati da un rapporto di dipendenza causale. Qualora il fermato abbia nominato due difensori, il regime applicabile all'omesso avviso di uno degli stessi non sarà quello della nullità, infatti, nonostante il g.i.p. sia obbligato a dare avviso a tutti i difensori nominati, non è necessaria la contestuale presenza in udienza di tutti affinché vi sia il corretto esercizio del diritto di difesa; la stessa Corte di Cassazione “ha puntualizzato che la nullità per il mancato avviso di uno dei due difensori non può essere eccepita e rilevata se non venga dedotta con l'istanza di riesame e i motivi aggiunti”³¹⁶.

Circa la modalità con cui l'avviso deve esser trasmesso vi sono principalmente due orientamenti, secondo il primo l'avviso può esser dato in qualsiasi forma non trovandosi nel codice di rito né indicazioni tassative e specifiche né richiami vincolanti alle norme generali sulle notificazioni. Merita particolare attenzione l'applicabilità non obbligatoria dell'art. 149 sulle notificazioni d'urgenza, il quale dispone che l'avviso a persone diverse dall'imputato può esser dato 'a mezzo telefono' non seguito dalla

³¹⁵ La Regina Katia, *cit.*, p. 283.

³¹⁶ Cass. Pen., sez. VI, 20 febbraio 2004, Abazosky, *ivi*, n° 229403.

conferma a mezzo telegramma, infatti ai fini della nomina ex art. 97 c.p.p. co. 4, del difensore d'ufficio è sufficiente la risposta della segreteria telefonica³¹⁷. Secondo l'opposto orientamento l'avviso a cui non faceva seguito conferma a mezzo telegramma doveva considerarsi nullo essendo la predetta conferma condizione necessaria per la notifica³¹⁸. Vi sono casi in cui la comunicazione a mezzo telefono, indipendentemente dalla successiva conferma, risulta valida al raggiungimento dello scopo, trattasi del caso in cui l'avviso telefonico raggiunge immediatamente il destinatario e lo stesso successivamente richiama il rinvio dell'udienza a mezzo telegramma, per impossibilità di comparirvi³¹⁹.

In una pronuncia le Sezioni Unite cercano di risolvere il contrasto di opinioni “facendo leva sulla distinzione delle formule 'notificare l'avviso' e 'dare avviso', affermando che in tutti i casi in cui si manifesta una situazione d'urgenza si deve ritenere sufficiente l'effettiva conoscenza dell'atto, anche attraverso forme diverse da quelle prescritte per le notificazioni, aggiungendo che, quando non sia possibile realizzare tale conoscenza effettiva diviene necessario il ricorso alle forme prescritte per le notificazioni”³²⁰.

Successivamente la giurisprudenza ha continuato in varie occasioni a confermare la prima linea interpretativa lanciata dalla Corte, affermando che 'l'avviso senza ritardo' può esser dato con

³¹⁷ Cass. Pen., sez. VI, 18 dicembre 1992, Palmisano, in *Cass. Pen.*, 1994, 2149.

³¹⁸ Cass. Pen., sez. II, 19 ottobre 1990, Prete, in *Arch. nuova proc. Pen.*, 1991, 77.

³¹⁹ Cass. Pen., sez. II, 16 dicembre 1991, Mosca in *Foro it.*, 1992, II, 626.

³²⁰ Cass. Pen., sez. un., 12 ottobre 1993, Morteo, in *Cass. Pen.*, 1994, 893.

ogni mezzo idoneo a comunicare la data di fissazione dell'udienza di convalida e che, essendo previsto nel caso di non reperimento o di impossibilità a presenziare da parte del difensore di fiducia il meccanismo di nomina di un difensore d'ufficio sostituto ex art. 97 comma 4, non può essere sacrificata l'udienza, anche qualora il difensore non ne abbia avuto notizia, affermandosi così il “principio secondo cui l'impiego di forme atipiche, allorché non sia accompagnato dalla conoscenza effettiva, esige una scelta connotata sul piano funzionale dall'adeguatezza del mezzo comunicativo”³²¹.

Viene poi ribadito che l'adempimento dell'obbligo di avviso si ha anche qualora la cancelleria del giudice competente per l'udienza di convalida abbia provveduto mediante comunicazione a mezzo telefono e alla stessa non sia stata data successiva conferma telegrafica³²², parimenti sono stati giudicati mezzi validi il telefono cellulare³²³, il telefax³²⁴ o il messaggio registrato sulla segreteria telefonica³²⁵. Circa l'ultima ipotesi assume rilievo conoscitivo non l'effettivo ascolto del messaggio, bensì la sola registrazione, affermando la giurisprudenza che la stessa sia sufficiente a “dare avviso perché permette all'atto di entrare nella sfera conoscitiva del destinatario”³²⁶, di contro vige un vero e

³²¹ Alessia Ester Ricci, *L'avviso di fissazione dell'udienza di convalida tra esigenze di speditezza e garanzie difensive*, p. 63 in *Avanguardie in giurisprudenza, Processo penale e giustizia*, Anno I, n° 2-2011.

³²² Cass. Pen., sez. VI, 6 aprile 1999, Rocco, in *Guida dir.*, 1999, n° 29, 82.

³²³ Cass. Pen., sez. IV, 13 maggio 1997, Di Prima, in *Arch. nuova proc. Pen.*, 1997, 821.

³²⁴ Cass. Pen., sez. IV, 29 maggio 2001, Restagno, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 2002, 27.

³²⁵ Cass. Pen., sez. VI, 4 luglio 2000, Amendola, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 2001, 77.

³²⁶ *Ibidem*.

proprio dovere di collaborazione e vigilanza in capo al difensore.

La conoscenza legale dell'avviso non elimina il problema della verifica dell'effettiva ricezione del messaggio qualora si utilizzino le forme atipiche; secondo un primo indirizzo ai fini del mancato reperimento del difensore è sufficiente verificare l'attestazione della persona incaricata di trasmettere il messaggio³²⁷, ma non sempre tale evenienza è stata considerata prova idonea, non essendo a garanzia della reale immissione nella segreteria del difensore e soprattutto dell'avvenuta memorizzazione. La Suprema Corte interviene nuovamente non solo per riaffermare la legittimità dell'utilizzo di forme atipiche di comunicazione e la possibilità di ampliarne l'elenco, ma soprattutto per affermare la validità dell'avviso informale che non sia giunto a conoscenza del legale³²⁸, disponendo che dalla combinata lettura degli art. 390 co. 2 e 391 co. 2 del c.p.p., emerge che l'avviso trasmesso senza ritardo può esser dato con qualsiasi mezzo idoneo a render nota la fissazione dell'udienza di convalida, legittimando la nomina d'ufficio del difensore sostituto ex art. 97 co. 4 c.p.p., rimanendo quale regola inderogabile lo svolgimento dell'udienza di convalida anche qualora la comunicazione non sia giunta al difensore di fiducia³²⁹.

³²⁷ Cass. Pen., sez. II, 23 maggio 1995, Aldrighetti, in *C.e.d. Cass.*, n° 204741.

³²⁸ Nel caso di specie si è ritenuto che la mancata conoscenza del messaggio lasciato in segreteria telefonica da parte del difensore designato al momento dell'arresto, a causa di un malfunzionamento dell'apparecchiatura o del mancato ascolto della registrazione, non incida sulla ritualità dell'avviso, rientrando negli oneri del difensore il controllo del corretto funzionamento delle apparecchiature di cui è dotato il proprio ufficio così come del controllo dei messaggi registrati nella segreteria telefonica; in tal senso Cass. Pen., sez. un., 30 ottobre 2002, Arrisoli, n° 39414.

³²⁹ Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2002, Arrivoli, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 2002,

Tuttavia tali criteri interpretativi, sostitutivi della conoscenza effettiva, possono essere utilizzati solo qualora si sia ex ante verificata l'idoneità del mezzo utilizzato per la comunicazione. L'avviso, per quanto effettuato attraverso mezzi atipici deve essere compiuto con modalità che si dimostrino le più idonee a raggiungere la sfera cognitiva del difensore, tenendo conto dei dati di cui si dispone tra i quali il domicilio legale e la sede dei suoi affari, da ottemperarsi anche a mezzo di notifica con polizia giudiziaria³³⁰. Contrariamente il legale potrà dirsi non avvisato se la comunicazione risulta priva dei requisiti dell'adeguatezza funzionale o della ragionevole serietà e attendibilità. In virtù del dovere di vigilanza e collaborazione che incombe sul difensore, appare ragionevole l'avviso dato alle ore 23:00 per un'udienza fissata la mattina successiva, qualora il recapito del legale sia inserito nella lista dei difensori d'ufficio, in quanto con tale azione lo stesso si obbliga ad essere reperibile in tempi brevi. Valida appare anche la comunicazione giunta all'avvocato la quale, mancando di indicare l'ora dell'udienza, ne specifica però la data qualora sia successivamente integrata con avviso trasmesso con le stesse modalità e poco tempo prima dell'udienza, atteso che il destinatario prestando minima e doverosa collaborazione avrebbe potuto informarsi tempestivamente³³¹.

Può sembrare che “l'ottica del giudice di legittimità è quella di una sempre maggiore responsabilizzazione della difesa negli

648.

³³⁰ Cass. Pen., sez. IV, 14 marzo 2001, Giustizi, n° 22021.

³³¹ Cass. Pen., sez. IV, 29 maggio 2001, Restagno, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 2002, 277.

snodi fondamentali del processo allo scopo di semplificare le procedure dirette alla formazione del contraddittorio, chiamando tutte le parti processuali ad una fattiva collaborazione e sbarrando la strada a possibili pratiche dilatorie, finalizzate ad impedire il conseguimento degli effetti dell'atto e ad invalidare l'avviso e l'attività processuale conseguente”³³².

4.3 L'udienza di convalida: gli aspetti definitivi.

Normativamente l'udienza di convalida è disciplinata dai sette commi previsti all'art. 391 c.p.p., i quali sono stati oggetto di novella da parte del legislatore con l'art. 25 del d.lgs. n° 12/91, in quanto la precedente formulazione aveva attirato su di sé non poche critiche peccando di “superficialità, ambiguità e carenza di indispensabile articolazione – resa ancor più desolante dalla assenza di un minimo supporto orientativo nelle norme di attuazione”³³³; ma vediamo a quale esigenze è votato l'istituto della convalida.

Esaminando tutti i tipi di convalida presenti nel nostro ordinamento, anche fuoriuscendo dall'ambito penalistico, possiamo notare come con nomenclature spesso diverse, ad esempio “ratifica”³³⁴, vengono contemplati procedimenti che

³³² Bassi, *Un ulteriore passo in avanti nella semplificazione degli avvisi urgenti al difensore*, cit., 1290.

³³³ G. Ascione – D. De Biase, *La libertà personale*, cit., p. 147.

³³⁴ Alla convalida viene attribuito un significato analogo a quello della ratifica in Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 399.

sembrano prevedere ab origine “l'eventualità che in casi di necessità ed urgenza tassativamente indicati, siano emanati provvedimenti per definizione viziati da incompetenza”³³⁵. La dottrina, sottolineando questo aspetto controverso dei procedimenti di convalida come provvedimenti provvisori, è solita effettuare un parallelo tra la disciplina che regola i suddetti atti e quella dei decreti legge, ex art. 77 co. 2 Cost., osservando come “il fatto stesso della necessità di una conversione dei provvedimenti adottati dal Governo in caso di necessità ed urgenza conferma il peccato originale dei provvedimenti. Il vizio, cioè, derivante dalla loro origine da una autorità [...] alla quale non è conferita una legale competenza a provvedere”³³⁶. In quest'ottica si valorizza la natura di provvedimento provvisorio destinato fin dalla nascita a tramutarsi in un atto definitivo diverso, si esplica la precarietà degli effetti dagli prodotti dai provvedimenti, i quali cesseranno solo nel caso di mancata convalida, e infine la stessa Carta Costituzionale stabilendo all'art. 13 co. 3 l'eccezionalità di tali provvedimenti legittima la loro adozione solo qualora sussistano esigenze di necessità ed urgenza.

Allo stato dell'arte il provvedimento di convalida è un atto imperfetto che, per sua definizione, necessita “di essere seguito da qualche altro fatto il cui compito sta nel surrogare l'imperfezione, cioè l'elemento mancante”³³⁷ per divenire perfetto.

³³⁵ Pace, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 312.

³³⁶ Esposito, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 847.

³³⁷ Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, p. 33.

Nel caso specifico del fermo di indiziato di delitto ci troviamo di fronte alla circostanza in cui l'atto oggetto di convalida, cioè il provvedimento restrittivo della libertà personale, viene adottato dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria e successivamente presentato dinanzi all'autorità convalidante, il giudice. La connessione che si crea tra soggetti agenti e soggetto controllore ha quale perno la sensazione che la valutazione sull'effettiva esistenza delle ragioni che giustificano l'adozione di un provvedimento imperfetto non possa essere compiuta dagli stessi soggetti agenti e investiganti, ma necessita di un soggetto altro e imparziale, dell'unico organo che l'ordinamento ritiene capace di tutelare l'interesse garantito dalle norme che consentono l'adozione di un provvedimento incidente su un diritto fondamentale. Infine essendo il provvedimento di convalida esercitabile da soggetti con competenza sostitutiva, esso viene ad esistenza con effetti che potremmo definire cautelativi, non solo perché validi per un determinato periodo di tempo, ma anche in quanto anticipatori di quelli derivanti dal provvedimento che sarà, eventualmente, adottato dall'autorità convalidante quale ordinariamente competente, in quanto alla stessa è fatto obbligo di pronunciarsi scegliendo se convalidare o adottare un atto che contrasta con quello precedentemente adottato, eventualmente esercitando il diniego di convalida.

Tornando alla disciplina propria dell'udienza di convalida del provvedimento precautelare, vediamo come il primo comma dell'art. 391 del codice di rito, stabilisce che 'l'udienza di convalida si svolge in camera di consiglio', di conseguenza sono

applicabili, se non incompatibili, le regole dettate dall'art. 127 c.p.p..

La prima regola è la non pubblicità dell'udienza che si svolgerà a porte chiuse. Con tale specificazione il legislatore ha posto fine al contrasto nascente dalla normativa del codice del 1930, inerente allo svolgimento dell'udienza di convalida per l'arresto in flagranza per reati di competenza pretorile. Difatti rimandando la disciplina del giudizio direttissimo alla normativa generale dell'art. 391 del codice, elimina qualsiasi interpretazione che sia contraria al regime della camera di consiglio. La Corte ha però puntualizzato che tra il pubblico a cui è fatto divieto presenziare non possono essere ricompresi i soggetti che hanno avuto parte al procedimento, nel caso specifico è ritenuta legittima la presenza in udienza di un appartenente alla forze di polizia giudiziaria³³⁸.

Inoltre l'art. 123 disp. Att. prevedendo che il giudizio si svolga nel luogo in cui è custodito il fermato, salvo che per motivi di necessità ed urgenza sia disposto l'accompagnamento dell'internato dinanzi al giudice, offre dei vantaggi: “non richiede il reperimento di aule presso gli uffici giudiziari; comporta un sensibile sgravio del lavoro connesso alla traduzione dei detenuti; assicura il rispetto del puntuale orario di udienza”³³⁹. La dottrina ritiene applicabili al caso di specie i commi 10 e 9 dell'art. 127 del codice di rito, i quali prevedono rispettivamente: la redazione del verbale di udienza in forma 'riassuntiva'; su tale comma ha

³³⁸ In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione, sez. VI, 15 dicembre 1989, Murania, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p. 66, n° 25.

³³⁹ Cfr., le osservazioni che accompagnano *Il progetto preliminare della norme di attuazione del codice di procedura penale*, cit., 62.

avuto modo di pronunciarsi la Corte Costituzionale sentenziando l'illegittimità del disposto nella parte in cui prevedeva la redazione 'soltanto' in forma riassuntiva “senza ammettere che possano esservi casi in cui possa procedersi a verbalizzazione integrale, stante la considerazione che quella riassuntiva è eccezione, e non regola”³⁴⁰. Oltre alla dichiarazione d'inammissibilità dell'atto introduttivo del procedimento da parte del giudice con ordinanza. Essendo poi l'udienza a porte chiuse, la dottrina è unanime nel prefigurarsi che la stessa non sia sottoposta al limite di svolgimento nei giorni feriali, in applicazione dell'art. 14 del regolamento al c.p.p., che stabilisce che gli atti necessari all'avanzamento delle indagini preliminari possono essere compiuti anche nei giorni festivi.

4.3.1 La pubblica accusa.

Il primo comma dell'art. 391 codice di rito prosegue individuando come necessaria la partecipazione del difensore del fermato. Una prima osservazione deve riguardare la modifica che a tale parte dell'articolo è stata apportata con l'art. 25 del d.lgs. n°12/91, il quale ha eliminato dai soggetti individuati come a presenza necessaria il pubblico ministero. Il legislatore ha dunque scelto di definire come facoltativa la presenza del magistrato inquirente “spinto dalla necessità di sollevare gli

³⁴⁰ In proposito Corte Cost., con sent. 3-12-1990, n°529, Cresci, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 87, n° 28.

uffici del pubblico ministero – già gravati dei numerosi impegni imposti dal nuovo codice di rito entro rigorosi termini fissati per la conclusione delle indagini preliminari”³⁴¹.

Conseguentemente la presenza o assenza del p.m. all'udienza preliminare comporta l'instaurazione di un diverso tipo di contraddittorio, orale o cartolare, ed è ovviamente la seconda ipotesi che crea più perplessità in dottrina. Il contraddittorio cartolare basandosi appunto unicamente su documenti è stato definito “contraddittorio monco in quanto induce il g.i.p. all'assunzione di un ruolo suppletivo alla funzione accusatoria, assolutamente incompatibile con il carattere giurisdizionale del provvedimento di convalida”³⁴². In questo caso la trasmissione dei documenti fondanti l'accusa da parte del pubblico ministero non può ridursi alla richiesta di convalida del provvedimento, così come prevista dall'art. 122 disp. Att. c.p.p., ma dovrà darsi la possibilità al p.m. di “integrare ed eventualmente modificare le richieste originarie, conformemente alle emergenze investigative intervenute fra la richiesta di convalida e l'udienza”³⁴³. In tal senso è stato giustamente introdotto dal legislatore il comma 3bis all'art. 390 che così recita: 'Se non ritiene di comparire, il pubblico ministero trasmette al giudice, per l'udienza di convalida, le richieste in ordine alla libertà personale con gli elementi su cui le stesse si fondano’³⁴⁴.

³⁴¹ Cfr., Relazione allo schema di decreto legislativo contenente *Disposizioni integrative e correttive della disciplina processuale penale e delle norme ad essa collegate*, cit., 3.

³⁴² In dottrina L. Bresciani, voce *Fermo*, vol. V, cit., p. 235.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Comma aggiunto ex d.lgs. 14-1-1991, n° 12.

Con tali accorgimenti si cerca di ovviare all'eventualità, di certo problematica, che la riduzione al minimo degli spazi di oralità durante l'udienza possa trasformare la decisione sulle “subcautele”³⁴⁵ in una mera formalità priva di effettivo contenuto. Trovandosi quindi dinanzi ad un “contraddittorio imperfetto, la terzietà del g.i.p. [dovrà essere] salvaguardata da meccanismi ulteriori che accentuano la necessità dell'iniziativa del p.m.”³⁴⁶. Secondo la parte di dottrina più ottimista per ovviare a ciò la richiesta dovrà evidenziare sia gli elementi di legittimità che giustificano l'adozione della misura restrittiva - derivando tali conclusioni dai documenti investigativi in possesso della pubblica accusa - sia la necessità della misura coercitiva, per cui “l'omessa o insufficiente indicazione di tali elementi determinerà una pronuncia negativa sulla convalida o l'emissione della misura coercitiva”³⁴⁷.

Contraria all'indirizzo dottrinale fin qui esposto appare la Corte di Cassazione, la quale, in ordine alla specifiche richieste da presentare al giudice, sottolinea come non sussista un obbligo di motivazione in capo al pubblico ministero “ed il giudice non può, perciò, rifiutarsi di accoglierle ma deve decidere nel merito, sulla base degli elementi di prova che l'organo dell'accusa è tenuto a trasmettergli”³⁴⁸. Qualora il pubblico ministero non si avvalga dell'art. 390 co. 3bis, sarà obbligato a presenziare l'udienza e in caso di assenza non potrà esser richiesta alcuna applicazione di

³⁴⁵ Cordero, *Codice di procedura penale*, commentato da F. Cordero, Torino, 1989, 426.

³⁴⁶ G. Salvi, *Commento all'art. 391*, in *Commento al nuovo codice*, cit., primo agg., p. 316.

³⁴⁷ *Ivi*, p. 317.

³⁴⁸ Cass., sez. V, 22 maggio 1991, Stajanovic, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 957, n° 347.

misure cautelari, indipendentemente dall'avvenuta o meno convalida, vigendo il principio della domanda cautelare.

4.3.2 Il soggetto *in vinculis* e la difesa.

Mentre è necessaria la presenza del difensore, quella dell'assistito appare anch'essa eventuale, difatti all'art. 391 co. 3 facendosi riferimento all'obbligo del g.i.p. di procedere all'interrogatorio del fermato, fa salva l'eventualità che lo stesso 'non abbia potuto o si sia rifiutato di comparire'.

Si aprono dunque due possibili scenari: nel caso in cui la persona in vinculis sia comparsa dinanzi al giudice si procederà con l'interrogatorio dopo che il pubblico ministero, se presente, abbia indicato i motivi del fermo e illustrato le richieste in ordine alla libertà personale; qualora invece si proceda in assenza del fermato non potrà richiedersi il rinvio dell'udienza, anche se ci si trovi di fronte a legittimo impedimento - in applicazione del co. 4 dell'art 127 codice di rito - in quanto il legislatore fissando quale termine inderogabile per l'emanazione dell'ordinanza, pena l'inefficacia della misura stessa, 'le quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del giudice', ex art. 391 comma 7 c.p.p., ha di fatto posto un'eccezione al suddetto principio.

E' invece prevista come *necessaria* la presenza del difensore del

fermato ed appare subito evidente lo sforzo del legislatore che si cela dietro al dettato del primo comma dell'art. 391, e cioè di dar fondamento pratico alle garanzie difensive in tale fase processuale. Tale volontà si concretizza già nella Relazione al progetto preliminare dove si legge che “le garanzie di assistenza difensiva nel giudizio sulla convalida, di cui è fatta menzione nell'art. 34 della legge delega n° 81, sono assicurate mediante la previsione che, nell'ipotesi di mancata reperibilità o comparizione del difensore di fiducia o d'ufficio, il giudice designi un altro difensore immediatamente reperibile”³⁴⁹.

La stessa Corte di Cassazione rileva tale esigenza dichiarando che “il procedimento per la convalida postula la presenza necessaria di un difensore, ma non necessariamente del difensore di fiducia nominato, tant'è che, l'art. 391 co. 2 c.p.p., prevede che, se il difensore di fiducia non è stato reperito, il giudice provvede a norma dell'art. 97 co. 4 c.p.p. e cioè prosegue, nell'udienza, con un difensore d'ufficio”³⁵⁰.

Merita una precisazione la qualificazione del difensore così nominato, il quale non sarà difensore d'ufficio bensì “difensore sostituto”³⁵¹ in applicazione di quanto disposto ex art. 102 del codice di rito, 'il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore' gli sono attribuiti gli stessi poteri, diritti, obblighi e facoltà del sostituito, il quale rientrerà nel pieno godimento dei propri diritti e obblighi difensivi al termine della sostituzione. La

³⁴⁹ *Relazione al prog. prel.*, in *Suppl. ord.*, alla *G. U.* n° 250 del 24 ottobre 1988, p. 88.

³⁵⁰ Cass., sez. VI, 28 gennaio 1992, Amduni Mherez, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1992, p. 588.

³⁵¹ D. Carcano, G. Izzo, *Arresto, fermo e misure coercitive*, cit., p. 17, n. 21.

sostituzione del difensore, di fiducia o d'ufficio che sia, sarà legittima qualora lo stesso risulti non reperito; la non reperibilità è un criterio che dovrà essere verificato dal g.i.p. attraverso l'esame della documentazione comprovante modi e tempi di trasmissione degli avvisi³⁵². La giurisprudenza ha ritenuto che con l'espressione 'non reperito' il legislatore abbia voluto rimandare al senso letterale di “non rintracciato in base alle notizie conosciute dal giudice”³⁵³, e nel caso di specie ha ritenuto non sufficiente a concretare le condizioni per la nomina del difensore sostituto il fatto “che i carabinieri recatisi allo studio del difensore di fiducia alle 17:15 di una domenica per dargli avviso della data fissata per l'udienza avessero trovato lo studio del medesimo chiuso”³⁵⁴, questo perché l'ufficio che deve provvedere all'avviso “non è tenuto a farlo ricercare in luoghi diversi dal domicilio risultante dagli atti ovvero dall'albo professionale”³⁵⁵ o “[dai] luoghi di abituale reperibilità”³⁵⁶.

Per la concreta attuazione del diritto di difesa oltre alla presenza del difensore deve garantirsi anche che lo stesso giunga in udienza con cognizione di causa, alla quale è finalizzato non solo il colloquio³⁵⁷, ex art. 104 c.p.p., ma anche l'applicazione, secondo parte della dottrina, del co. 2 dell'art. 108, il quale stabilisce eccezionalmente che il giudice, con ordinanza, può

³⁵² In tal senso si è pronunciato il Tribunale di Milano, 25 maggio 1990, Vergazzola, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p. 254.

³⁵³ *Cass.*, sez. VI, 11 novembre 1991, Animashau, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 875.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ *Cass.*, sez. VI, 24 settembre 1992, Ulargiu, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1993, p. 465.

³⁵⁶ *Cass.*, sez. VI, 20 ottobre 1992, Cirillo, in *C.E.D. Cass.*, n° 192064.

³⁵⁷ Di questo avviso è parte della dottrina, tra gli altri A. Ferraro, *Arresto e fermo*, cit., p.107.

concedere un termine per la cognizione della causa inferiore a quello ordinario di sette giorni previsto nel primo comma del medesimo articolo, ma comunque non inferiore alle ventiquattro ore. Tale regime per la concessione del c.d. termine di difesa può applicarsi qualora vi sia il “consenso dell'imputato o del difensore o se vi sono specifiche esigenze processuali che possono determinare la scarcerazione dell'imputato”³⁵⁸.

Ultimo appunto circa le garanzie difensive deve essere apposto in ordine agli effetti che si producono in caso di inosservanza degli obblighi posti a tutela delle stesse; in primo luogo va ricordato come giurisprudenza e dottrina si siano espresse all'unanimità nel definire la nullità di ordine generale, intermedia, relativamente all'assistenza dell'imputato, art. 178 co. 1 let. c) c.p.p., nel caso di mancato avviso del difensore sul tempo e luogo dell'udienza, comportando l'inadempienza l'assenza dello stesso durante il processo di convalida³⁵⁹.

Vi sarà invece nullità assoluta, ex art. 179 c.p.p., qualora in udienza non presenzi nessun difensore di fiducia, anche qualora l'avviso sia stato validamente comunicato, e d'ufficio o sostituto qualora sussista una situazione circoscrivibile al mancato reperimento, mancata comparizione e abbandono della difesa. La nullità sarà quindi ragionevolmente assoluta al fine di assicurare l'effettiva e continua assistenza tecnica a garanzia del principio dell'immutabilità del difensore³⁶⁰.

³⁵⁸ In tal senso parte della dottrina, tra i quali L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 391*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. IV, p. 444.

³⁵⁹ In dottrina si esprime in tal senso A. Ferraro, *Arresto e fermo*, cit., p. 109.

³⁶⁰ Cass. Pen., sez. V, 18 dicembre 1995, n° 3058, Derbari Mounir Ben Zaier.

4.4 L'interrogatorio in udienza.

Nella formulazione originaria dell'art. 391 c.p.p. il comma terzo ammetteva fra gli adempimenti del giudice l'audizione del fermato, oltre che del difensore. Nacquero immediati contrasti giurisprudenziali in ordine al caso di richiesta congiunta di applicazione di misure cautelari, per cui si pose come necessaria l'equipollenza tra l'esame del fermato in sede di convalida e l'interrogatorio di garanzia disposto dal g.i.p. ex art. 294 c.p.p..

Tale associazione appariva inizialmente forzata in quanto, contrariamente a quanto poteva dirsi per l'interrogatorio di garanzia, non era possibile - a causa della differenziata opzione letterale che caratterizzava l'art. 391 co. 3 – la riconducibilità alla fattispecie di carattere generale prospettata dagli artt. 64 e 65 del codice, in quanto atto che “richiede una partecipazione attiva del giudice affatto differente dal passivo 'sentire’”³⁶¹. Vi era anche chi considerava applicabile all'audizione del fermato in sede di convalida le regole dettate dall'art. 64, ma non invece quanto disposto dal successivo articolo in quanto “durante l'udienza nulla v'è [...] da contestare in fatto all'arrestato o al fermato che questi già non conosca per definizione, essendo il thema decidendum di tale procedura ancorato ai fatti di cui all'arresto o al fermo, trasfusi nei relativi verbali trasmessi a mente dell'art. 122 disp. Att.”³⁶².

³⁶¹ Carcano, Izzo, *Arresto, fermo e misure coercitive*, cit., p. 23.

³⁶² Montone, *Le garanzie de libertate tra interrogatorio e audizione ex art. 391 c.p.p.*, cit., p. 285.

Nonostante quest'osservazione l'audizione della persona in *vinculis* appariva per i più “un passivo ascolto delle prospettazioni della persona arrestata o fermata, insuscettibile di coprire gli spazi dialettici che si aprivano all'interessato nel corso dell'interrogatorio di garanzia”³⁶³. Le regole poste a garanzia dello svolgimento di quest'ultimo, recependo pienamente non solo quanto dettato in tema di strumenti difensivi dalla legge delega n° 81, ma anche quanto previsto da fonti internazionali (art. 5.3 della Convenzione europea ed art. 14.3 del Patto ONU sui diritti umani), appaiono maggiormente adeguate ad adempiere al ruolo di garante del diritto di difesa, rispetto all'interrogatorio del pubblico ministero che corrisponde ad esigenze investigative e quindi, per loro natura, opposte a quelle difensive. Sarebbe dunque logico equiparare due attività aventi identica finalità, mirando entrambe a “porre il giudice delle indagini preliminari nella necessità di verificare, attraverso il contatto diretto con l'indiziato, la sussistenza dei presupposti di legittimità e di merito del suo assoggettamento a custodia”³⁶⁴.

Tuttavia appare maggiormente pregnante per l'audizione in sede di convalida che “il g.i.p. sia posto in condizione di udire dalla viva voce del fermato – in quanto fonte 'alternativa' di notizie rispetto alla versione dei fatti operata dal pubblico ministero in apertura all'udienza di convalida – una ricostruzione delle circostanze che avevano dato luogo al fermo, al fine di consentirgli un più approfondito controllo su di un

³⁶³ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 295.

³⁶⁴ Grevi, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, GP, 1988, I, p. 393.

provvedimento limitativo della libertà personale autonomamente operato dagli organi di polizia, senza alcun preventivo intervento dell'autorità giudiziaria, in una situazione, cioè, nella quale più facile è l'errore, se non, addirittura, l'abuso”³⁶⁵.

A sostegno di tale conclusione troviamo l'osservazione che, anche in assenza del fermato, l'audizione può esser svolta nei confronti del difensore presente in udienza, intendendo rendere visibile una fungibilità tra questi due ruoli che non appare nel disposto dell'art. 294, il quale invece non manca di sottolineare la natura personalissima dell'interrogatorio, essendo “funzionale ad una adeguata prima verifica 'dal vivo' sui presupposti della misura”³⁶⁶. I due istituti apparivano sempre più distinti ponendosi l'attenzione alla dimensione cronologica, difatti l'interrogatorio di garanzia imponeva al giudice un giudizio sulla permanenza delle condizioni di applicabilità e delle esigenze cautelari ('se permangono'), esplicandosi quindi come momento necessariamente successivo all'adozione della misura cautelare. L'audizione ex art. 391 co. 3 c.p.p. ha il carattere di una verifica ex ante circa la ricorrenza ('se ricorre') delle condizioni e i presupposti della misura cautelare, per cui così cronologicamente disposti gli atti non sembrano l'uno la ripetizione dell'altro, bensì la logica “osservanza di norme poste a garanzia di specifici e distanti diritti”³⁶⁷.

Contrariamente la dottrina che vuole coincidenti i due istituti pone l'accento sulla inutilità del reiterare il contatto tra autorità

³⁶⁵ Bresciani, *Fermo*, cit., p.237.

³⁶⁶ Grevi, *Le garanzie della libertà personale*, cit., p. 484.

³⁶⁷ Cass. Pen., sez. I, 12 marzo 1990, Lozzi, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p. 95.

giudiziaria e indagato sull'evidenza che, nonostante il legislatore avesse ritenuto necessario snellire il procedimento d'indagine e contestualmente prevedere una procedura di convalida idonea a “riparare ad evidenti errori di persona o di attribuzione di fatti, di far valere cause di giustificazione o esimenti, di dedurre elementi a difesa apprezzabili ictu oculi”³⁶⁸, possa rendersi adeguato allargare il thema del contraddittorio inserendovi la discussione sulla richiesta di applicazione della misura cautelare avanzata dal pubblico ministero.

Il primo input per la risoluzione del contrasto giurisprudenziale arriva dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁶⁹, la quale osserva che la richiesta di convalida dà il via ad un procedimento bifasico che, partendo dal controllo sulla legittimità dell'intervento della polizia giudiziaria, può estendersi alla verifica dell'esistenza dei presupposti necessari per l'applicazione della misura cautelare; ed è la caratteristica dell'eventualità tipica della richiesta di prosecuzione dello “status detentionis”³⁷⁰ che, a parere della Corte spiega l'elasticità del termine utilizzato dal legislatore per indicare l'audizione del fermato in tale momento processuale. La Corte continua indicando come anche il contenuto dei due atti sia identico in quanto, essendo l'audizione antecedente all'applicazione della misura cautelare, non possono porsi problemi di verifica e adeguatezza che, invece, sorgono qualora l'atto sia a sorpresa, e conclude “evidenziando come

³⁶⁸ Del Pozzo, *La libertà personale nel processo penale italiano*, cit., p. 225.

³⁶⁹ Cass. Pen., sez. un., 23 gennaio 1991, Colombo Speroni, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 137.

³⁷⁰ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza e del fermo*, cit., p. 298.

l'atto assunto in sede di convalida, che sia condotto dal giudice con le modalità di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p., attua le finalità di garanzia proprie dell'istituto contemplato dall'art. 294 c.p.p., il quale, pertanto, qualora sia applicata una misura di custodia cautelare, non deve essere ripetuto”³⁷¹.

L'indirizzo espresso nella pronuncia della Corte e la considerazione dell'inevitabile estensione dell'oggetto dell'esame del fermato, qualora il pubblico ministero abbia presentato richiesta di applicazione di una misura cautelare, ha indotto il legislatore ad intervenire per evitare il proseguire dei contrasti giurisprudenziali. Si è provveduto in tal senso modificando i testi originari degli artt. 294 e 391 del codice di rito, rispettivamente con gli artt. 13 e 25 del d.lgs. n° 12/91 che, sancendo l'effettiva equipollenza fra l'audizione del fermato e l'interrogatorio di garanzia, impongono al g.i.p. l'obbligo, qualora il soggetto sottoposto a misura precautelare sia presente in udienza, di procedere all'adempimento.

Ciò che ha spinto il legislatore a innovare le disposizioni in esame non è solo un'esigenza di economia processuale, ma anche quella di ridare peso alla figura del giudice in tale fase. Normalmente infatti, si parla del giudice per le indagini preliminari riferendosi ad una figura rappresentabile come “giudice incidentale, giudice senza fascicolo”³⁷², in quanto il sistema in vigore, caratterizzando l'atto come a sorpresa, determina una realizzazione della funzione giurisdizionale solo

³⁷¹ *Ivi*, p. 299.

³⁷² De Leo, *L'intervento del giudice delle indagini preliminari a garanzia delle libertà e dei diritti patrimoniali dell'indiziato*, GP, 1989, III, p. 354.

parziale, “la quale presuppone la partecipazione delle parti al procedimento formativo della decisione, l'essenza della giurisdizione essendo appunto il contraddittorio”³⁷³.

L'aspetto che in tale quadro desta maggiori perplessità riguarda proprio il ruolo assunto dalla figura che dovrebbe ergersi come garante giurisdizionale, il quale invece si trova a dover assumere un provvedimento incisivo della libertà personale non godendo di un intero e preciso quadro probatorio, bensì attraverso una visione parziale delle risultanze investigative, in quanto “l'art. 291 legittima l'accusatore non soltanto a scegliere tra le prove a lui favorevoli, ma anche a escludere quelle favorevoli alla difesa”³⁷⁴.

Attualmente il terzo comma dell'art. 391 del codice di rito, pone quale obbligo al g.i.p. di procedere all'interrogatorio del fermato qualora questi sia comparso in udienza. Secondo la giurisprudenza l'obbligo viene meno qualora ricorra l'impossibilità a procedere per un caso di forza maggiore³⁷⁵, per cui l'omissione dell'atto comporterà una nullità a regime intermedio che, a norma dell'art. 182 co. 2 c.p.p., dovrà essere eccepita subito dopo la lettura dell'ordinanza di convalida. Appaiono quale caratteristica tipica dell'atto l'esplicita non coercibilità, per cui a sottoporsi all'interrogatorio può essere

³⁷³ Saraceni, *Libertà personale ed indagini preliminari*, GP, 1989, III, p. 290.

³⁷⁴ Nobili, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, FI, 1989, V, p. 277.

³⁷⁵ Tra le cause di forza maggiore la giurisprudenza fa rientrare anche il caso di irreperibilità dell'interprete nel caso di fermato straniero nell'incapacità di comprendere la lingua italiana, di fronte a tale circostanza il giudice sarà impossibilitato a svolgere l'interrogatorio ma potrà validamente adottare il provvedimento di convalida, secondo quanto pronunciato dalla Cass. Pen., sez. I, 23 febbraio 2006, Singh, in *C.e.d. Cass.*, n° 233860.

esclusivamente il soggetto sottoposto a misura restrittiva; non troviamo poi alcun rinvio espresso a specifiche disposizioni, lasciando ciò intendere la pacifica applicabilità delle norme generali dettate dagli art. 64 e 65 del c.p.p..

Predisponendo l'interrogatorio in sede di convalida, il legislatore ha introdotto l'interlocuzione del fermato quale ulteriore strumento con funzione di controllo e garanzia, per verificare che la misura precautelare sia stata legittimamente eseguita e con l'osservanza dei termini previsti dagli artt. 386 co. 3 e 390 co. 1 c.p.p.. Questo strumento di autodifesa, sottostando alle regole generali, può anche non essere utilizzato dal fermato che può legittimamente decidere di avvalersi della facoltà di non rispondere; quanto alle modalità con cui deve essere edotto l'interrogato sul possibile utilizzo di tale facoltà, non sono previste formule sacramentali, potendo il giudice avvalersi di qualsiasi forma per l'avviso. A titolo di esempio “è stato ritenuto che la verbalizzazione della dichiarazione dell'interrogato 'intendo rispondere' dimostrava con certezza che, preliminarmente, egli era stato avvertito della facoltà di non rispondere”³⁷⁶.

Merita sottolineare che tale facoltà può non solo essere espressa per la totalità dell'interrogatorio ma anche e solo per alcune delle domande poste durante lo svolgimento dello stesso. Rientrando il silenzio del fermato nei modi di esercizio del diritto di difesa, l'omissione dell'avvertimento anzidetto dà luogo a nullità a

³⁷⁶ Cass. Pen., sez. II, 19 giugno 1992, Papasso.

regime intermedio, in applicazione degli artt. 180 e 182 c.p.p.³⁷⁷.

Il meccanismo sotteso all'interrogatorio di convalida riproduce la “struttura accusatoria della dialettica delle parti”³⁷⁸, distanziandosi dal modello vigente nel precedente codice del 1930 che attribuiva il potere di decidere sulla convalida direttamente all'organo titolare dell'azione penale senza prevedere l'intervento della autorità giurisdizionale. Il contraddittorio che viene a formarsi si dice anticipare quello di libertà previsto dall'iter ordinario in quanto, sovviene comunque per il fermato e il suo difensore la possibilità di venire a conoscenza degli atti con cui il p.m. propone le proprie deduzioni al giudice, al fine di formare il suo convincimento.

Tuttavia nella pratica il meccanismo di accesso agli atti per la difesa non è così semplice e lineare come può apparire, inoltre dubbi interpretativi sono stati creati dall'affermata equipollenza con l'interrogatorio di garanzia che ha posto il quesito sull'applicabilità delle regole per l'accesso agli atti previste dall'art. 293 anche al procedimento di convalida. Secondo quanto emerge dall'art. 391 co. 3 del codice di rito, è durante lo svolgimento dell'udienza di convalida che vengono poste le premesse cognitive per lo svolgimento dell'interrogatorio, per cui fermato e difensore vengono a conoscenza delle richieste del pubblico ministero contestualmente all'udienza attraverso l'illustrazione che ne dà il giudice, mediante lettura degli atti depositati in ordine alla libertà personale ed eventuale richiesta di

³⁷⁷ Cass. Pen., sez. I, 20 giugno 1997, n° 4242, Masone.

³⁷⁸ Bilancetti, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, GP, 1989, III, p. 300.

applicazione di una misura coercitiva cautelare.

Manca nel codice di rito una esplicito meccanismo che obblighi il pubblico ministero al deposito degli atti presso la cancelleria del giudice della convalida in un tempo utile per l'accesso agli atti da parte della difesa, né tanto meno questa impossibilità cognitiva viene avvertita come una lesione del diritto di difesa. Si è sentita nonostante ciò la necessità di verificare se il meccanismo che connota l'istituto di cui all'art. 391 c.p.p. sia “in grado di soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela dell'indagato”³⁷⁹. Su tale questione si è espressa la Corte Costituzionale, che ha trovato il richiamo alla possibile estensione applicativa di quanto disposto nell'art. 293 co. 3 c.p.p., “inconferente [in quanto trattasi di] un precetto coordinato all'esigenza di consentire al difensore pieno accesso agli atti depositati dal pubblico ministero, sul presupposto che, dopo l'esecuzione della misura cautelare, non sussistano ragioni di riservatezza tale da giustificare limitazioni al diritto di difesa; [si tratta quindi di una previsione] volta ad assicurare al difensore la più ampia e agevole conoscenza degli elementi su cui è fondata la richiesta del pubblico ministero, al fine di rendere attuabile un'adeguata e informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare ex art. 294 c.p.p.”³⁸⁰. Per la Consulta dunque, essendo l'art. 293 volto a soddisfare esigenze “non avvertibili allorché la misura sia adottata all'esito del procedimento di convalida”³⁸¹, non possono dirsi lesi i principi di

³⁷⁹ Corte Cost., 5 febbraio 1999, n° 16, in *Giur. Cost.*, 1999, 143.

³⁸⁰ Corte Cost., 1999, n° 16, in *Giust. Cost.*, 1999, 146.

³⁸¹ *Ibidem*.

uguaglianza e di difesa perché l'interrogatorio ex art. 391, “considerato il complessivo contesto in cui la relativa udienza si svolge è in grado di soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela dell'indagato anche con riferimento alla misura disposta”³⁸².

Questa conclusione viene completamente ribaltata nell'ipotesi di assenza del pubblico ministero durante lo svolgimento dell'udienza: in tal caso infatti il contraddittorio sarà cartolare per cui sarà onere del pubblico ministero “anticipare la fase della richiesta, trasmettendo per iscritto quello che dovrebbe essere il contenuto dell'esposizione orale”³⁸³, si imporrà quindi, a tutela del diritto a godere di un contraddittorio che ponga le parti in una situazione di parità, l'anticipazione della possibilità cognitiva del difensore attraverso il riconoscimento della facoltà di accesso agli atti. Di converso l'impedimento all'esercizio di tale facoltà comporterà una violazione del diritto di difesa e la nullità dell'interrogatorio di convalida e la perdita d'efficacia della misura cautelare eventualmente assunta, ex art. 302 c.p.p.³⁸⁴.

La soluzione così prospettata dalla giurisprudenza non ha contribuito a mantenere gli animi calmi tant'è che, dopo pochi mesi, la stessa Cassazione è ritornata sulla questione ribaltando l'antecedente orientamento; la precedente pronuncia, “nonostante gli intenti garantistici ha avuto paradossalmente un ruolo determinante nell'affermazione dell'indirizzo che ha escluso la

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza e del fermo*, cit., p. 304.

³⁸⁴ In tal senso si esprime la Cass. Pen., sez. II, 23 febbraio 2006, Basile, in *C.e.d. Cass.*, n° 233736.

possibilità di una discovery preliminare alla celebrazione dell'udienza di convalida”³⁸⁵.

Le ragioni enunciate dalla Corte per cui è inconcepibile un deposito precedente all'interrogatorio sono sostanzialmente tre: in primis perché “questo precede e non segue l'applicazione della cautela”³⁸⁶; in secondo luogo perché si tratta di “un atto volto a valutare la legittimità dell'arresto o del fermo e, solo eventualmente a verificare le condizioni legittimanti l'applicazione di un provvedimento cautelare”³⁸⁷; infine perché con l'introduzione di tali meccanismi si verrebbe ad appesantire un procedimento le cui caratteristiche di snellezza trovano fondamento nell'assoluta urgenza a provvedere, non essendo poi, ad avviso della Corte, tali sistemi funzionali ad esigenze di difesa, bensì al solo rispetto della decorrenza del termine per la richiesta del riesame³⁸⁸. Non è inoltre concepibile porre differenze strutturali nell'instaurazione di un atto, che dev'essere sempre identico, a causa della scelta di un magistrato di avvalersi o meno di una facoltà concessagli dal legislatore senza porre, di base, differenziazione alcuna. Infatti, non sussistono difformità fra i due casi, essendo posto l'obbligo al g.i.p. di dare lettura integrale in udienza degli atti pervenutigli, mutando quindi il solo soggetto che si presta fisicamente all'illustrazione delle richieste, per cui possono dirsi pienamente soddisfatte le esigenze difensive, e può escludersi la possibilità di dichiarare la nullità

³⁸⁵ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza e del fermo*, cit., p. 305.

³⁸⁶ Cass. Pen., sez. II, 9 luglio 2004, Cercnica, in *C.e.d. Cass.*, n° 229646.

³⁸⁷ Cass. Pen., sez. II, 22 aprile 2004, Mansueto, in *Arch. Nuova poc. Pen.*, 2004, 208.

³⁸⁸ Cass. Pen., sez. II, 9 luglio 2004, Cercnica, in *C.e.d. Cass.*, n° 229646.

dell'interrogatorio o dell'udienza di convalida per omissione del previo deposito degli atti³⁸⁹.

Volendo giungere ad un punto fermo si può sostenere che l'accesso agli atti più che essere azione inconcepibile rispetto alla lettura dell'art. 391 del codice di rito, dovrebbe essere considerato come “lo sviluppo naturale della regola che impone l'informazione all'interessato non appena ne sia imposto il coinvolgimento e, dunque, nell'economia del procedimento in parola, contestualmente all'avviso 'senza ritardo' della data dell'udienza, a prescindere dalle opzioni partecipative del pubblico ministero”³⁹⁰. Ed è stata l'equipollenza normativa raggiunta dalle due tipologie di interrogatorio che ha indotto le Sezioni Unite a riconoscere al difensore del fermato il diritto di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare³⁹¹.

Necessita precisare che nei casi in cui “la comunicazione da parte del giudice degli elementi adottati dal pubblico ministero sia ritenuta dalla difesa difettosa o incompleta a seguito del relativo deposito [...] o, al più tardi, con l'attivazione della procedura di riesame; in questi casi si ritiene configurata una nullità da dedurre, se relativa all'udienza, con il ricorso per cassazione e, se concernente l'interrogatorio, con l'istanza di scarcerazione e, infine, in caso di decisione reiettiva, con l'appello a norma dell'art. 310 c.p.p.”³⁹².

³⁸⁹ Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 2007, Pilia, in *C.e.d. Cass.*, n° 237283.

³⁹⁰ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza e del fermo*, cit., p. 308.

³⁹¹ Cass. Pen., sez. un., 30 settembre 2010, Gemeanu, in *C.e.d. Cass.*, n° 247939.

³⁹² Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 2007, Pilia, in *C.e.d. Cass.*, n° 237283.

Per concludere non possono certamente trascurarsi “le torsioni che le garanzie difensive possono in concreto venire a subire se dalla inapplicabilità, per l'udienza di convalida, delle regole del deposito degli atti con avviso al difensore dovesse discendere una totale preclusione dell'accesso agli atti stessi perché, se è vero che non può affermarsi una totale sovrapponibilità tra le diverse discipline processuali, è altrettanto indiscutibile che una volta affermato un rapporto di fungibilità tra i due atti e, dunque, una equivalenza dei loro effetti, si deve pretendere che la posizione dell'indagato, quanto a conoscenza degli elementi necessari per articolare la propria difesa, debba essere strutturalmente equivalente nelle due sedi”³⁹³. La decisione ultima delle Sezioni Unite appare in linea sia con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, sia con quella della Corte di Strasburgo. A sostegno dell'interpretazione *secondum constitutionem* viene richiamata la pronuncia della Corte in cui “pur riconoscendosi che la modulabilità delle forme e dei contenuti in cui si articola il diritto di difesa in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti costituisca legittima espressione della discrezionalità legislativa, nel contempo, si afferma che il limite invalicabile entro il quale il predetto diritto può essere adattato alle varie evenienze procedurali sia rappresentato dalla necessità che la funzione tutelata dall'art. 24 Cost. sia effettiva, e cioè esercitata con conoscenza di causa”³⁹⁴. Ci troviamo di fronte ad una interpretazione in linea con il principio dell'equo processo e con i dettami della Corte dei diritti

³⁹³ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in fragranza e del fermo*, cit., p. 310 e 310.

³⁹⁴ Cort. Cost., 1996, n° 175, in *Cass. Pen.*, 1996, 3242.

dell'uomo, la quale ribadisce che ogni individuo ha diritto ad un processo penale che si svolga in contraddittorio, implicando la facoltà, sia per l'accusa che per la difesa, “di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte”³⁹⁵. Da queste osservazioni e dal precetto dell'art. 6 della Convenzione, si deduce che possono considerarsi 'legittime solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessari'.

A seguito di queste pronunce appare ancora più insostenibile asserire che l'illustrazione orale delle richieste o la lettura in udienza da parte del giudice, offrendo solo un surrogato della cognizione assicurata dall'esame degli atti, possano colmare il vuoto di tutela che consegue dall'assenza di una previsione di accesso agli atti autonomo e preliminare rispetto alla liberalità dello strumento, che farebbe pensare ad un possibile utilizzo in ogni fase processuale. Il legislatore tace rispetto alla mancanza dell'art. 391 c.p.p., il quale, contrariamente a quanto previsto negli artt. 421 e 494 del codice di rito - contemplanti rispettivamente l'udienza preliminare e il dibattimento quali momenti in cui esplicitamente si invita il soggetto in vinctis a rilasciare dichiarazioni spontanee qualora ne abbia l'intenzione – nulla dice in merito. Questo silenzio impone di analizzarne il valore al fine di determinare se sussiste in capo al fermato, in sede di udienza di convalida, la facoltà di rendere il proprio contributo difensivo alla luce non solo del rinvio alla disciplina del procedimento in camera di consiglio, ma anche della più recente

³⁹⁵ Corte eu. Dir. Uomo, Grande camera, Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, 67, in *Riv. Internazionale dir. Uomo*, 1991, 845.

giurisprudenza la quale appare propensa a precludere “l'esercizio della facoltà di rendere dichiarazioni spontanee alternativamente o congiuntamente all'interrogatorio, proprio considerando che tale prerogativa è espressamente prevista soltanto per l'udienza preliminare e per il dibattimento”³⁹⁶.

Ad opposta conclusione si giunge guardando a quanto disposto nel terzo comma dell'art. 127 c.p.p., partiamo dall'assunto che l'art. 391 pone delle riserve migliorative della condizione del fermato rispetto a quanto previsto nella disciplina dell'udienza in camera di consiglio. La più evidente riguarda proprio la necessaria presenza del difensore, desumendosi che sia esclusa l'applicazione delle riserve che tendono a “operare una dequotazione del livello di tutela preteso in occasione della verifica giurisdizionale della legittimità delle iniziative precautelari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero”³⁹⁷.

Saranno applicabili all'udienza di convalida solo quei meccanismi non presidiati da minori garanzie, tra i quali l'art. 127 co. 3 del c.p.p., che attribuisce agli interessati comparsi in udienza 'il diritto di essere sentiti'. Il legislatore usando un'espressione generale evoca un'ampia gamma di modalità di esercizio del diritto stesso, a partire dalle dichiarazioni provocate da terzi attraverso una serie di domande fino ad arrivare alle dichiarazioni offerte dall'interessato a prescindere dalla sollecitazione esterna. Bisogna precisare che le dichiarazioni

³⁹⁶ Cass. Pen., Sez. fer., 16 agosto 2002, Orlando, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 2003, p. 372.

³⁹⁷ La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, cit., p. 361.

spontanee non possono mai sostituire l'interrogatorio, possono e devono essere un surplus ma mai esclusive in quanto hanno una valenza autonoma rispetto all'interrogatorio. Possono tuttavia le dichiarazioni spontanee essere alternative all'interrogatorio qualora il fermato sia comparso in udienza e scelga di avvalersi della facoltà di non rispondere, quindi di non esplicitare la propria difesa attraverso l'interrogatorio ma esclusivamente attraverso l'autodifesa, preferendo la libertà dell'autodeterminazione alle insidie potenzialmente insite nella sollecitazione esterna.

Altri contributi dichiarativi durante l'udienza di convalida devono esser espressi 'in ogni caso' dal difensore, così letteralmente all'art. 391 co. 3 del c.p.p.. Problematico è apparso in un primo momento il contenuto di tali dichiarazioni difensive, ci si è chiesti se l'ambito doveva esser circoscritto alla sola convalida del fermo oppure se dovesse includere anche la richiesta di applicazione di misure cautelari avanzate dal pubblico ministero durante il corso dell'udienza di convalida. Una parte della giurisprudenza ha sostenuto che l'audizione del difensore “dovesse essere circoscritta alle sole questioni attinenti alla convalida [...] del fermo e non a quelle relative all'eventuale istanza cautelare avanzata dal pubblico ministero, a meno che, [...], il requirente – se comparso – ed il giudice, avessero consentito al legale di interloquire sul punto”³⁹⁸. Si è poi spinta oltre “sostenendo sia che l'interlocuzione del difensore sia circoscritta al tema della convalida, sia che il difensore medesimo non abbia alcun diritto di conoscere né l'esistenza né il

³⁹⁸ Cass. Pen., sez. I, 4 novembre 1991, Ugon, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 607.

tenore di eventuali richieste del pubblico ministero in ordine alla libertà personale del fermato”³⁹⁹.

Odiernamente tale posizione appare del tutto superata, infatti considerando il sistema che ruota intorno all'applicazione della misura cautelare ex art. 291, è comprensibile come, trattandosi di un atto a sorpresa la cui efficacia sarebbe vanificata dall'instaurazione di un contraddittorio, la decisione venga assunta su semplice richiesta del pubblico ministero senza il preliminare intervento del difensore. Diversamente nel caso in cui ci si trovi dinanzi a persona già in vinculis, in quanto sottoposta a misura restrittiva, “lo spazio dialettico attorno alla questione relativa allo status libertatis dell'indagato deve trovare piena estensione nel momento genetico del provvedimento cautelare vero e proprio”⁴⁰⁰. Non solo vengono meno quelle ragioni che giustificano la posticipazione del contraddittorio nel procedimento ordinario per l'adozione di una misura cautelare, ma urge assicurare a favore del fermato e del difensore l'attivazione, ex ante, dei vantaggi derivanti dall'esercizio del diritto di difesa verso ogni tema che può esser oggetto di discussione durante l'udienza, non potendosi ragionevolmente escludere la richiesta della prosecuzione dello stato restrittivo.

Appurato l'ambito contenutistico degli apporti difensivi bisogna concentrarsi su quando tale produzione deve essere portata a conoscenza del giudice della convalida affinché possa legittimamente influenzare la decisione giudiziale. Per giungere

³⁹⁹ Cass. Pen., sez VI, 21 ottobre 1991, Cacciola, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 337.

⁴⁰⁰ Bresciani, sub art. 294 c.p.p., in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III Agg., Torino, 1998, p. 272.

ad una conclusione razionale bisogna partire dalla capacità di produrre documenti concessa all'organo requirente il quale, ex art. 391 c.p.p., ha la “facoltà di reiterare, precisare, modificare o revocare la richiesta di applicazione di una misura coercitiva anche in udienza”⁴⁰¹ in base alle risultanze investigative ulteriori e diverse rispetto a quelle prodotte al giudice ex art. 391 comma 3. Avendo quindi l'accusa un ampio spazio d'azione durante lo svolgimento dell'udienza parrebbe illegittimo, in quanto lesivo del diritto al contraddittorio oltre che del principio di parità delle armi, ex art. 111 co. 2 Cost., impedire tale produzione alla sola difesa.

Alla stessa conclusione è giunta parte della giurisprudenza di legittimità la quale “esclude la sussistenza di ragioni per ritenere che al difensore – oltre che al fermato – sia precluso produrre ogni elemento utile all'esercizio del diritto di difesa sui temi della convalida. [...] ogni elemento, ovviamente pertinente all'oggetto del giudizio di convalida, che l'arrestato o il fermato forniscono in quella sede può e deve entrare nella valutazione del giudice”⁴⁰².

Ultimo dubbio riguarda la possibilità che vi sia discordanza tra quanto descritto nel verbale di fermo e le risultanze dell'interrogatorio. La questione, che concerne la limitazione dei poteri spettanti al giudice della convalida, è stata sollevata e risolta dalla Corte Costituzionale interrogata circa la legittimità dell'art. 391 c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 Cost., nella

⁴⁰¹ Cass. Pen., sez. IV, 6 luglio 1999, Fadhaloui, in *C.e.d. Cass.*, n° 214689.

⁴⁰² Cass. Pen., sez. VI, 16 maggio 1994, Scorsa, in *Foro It.*, 1994, II, p. 576.

misura in cui non prevede la necessaria presenza di un rappresentante delle forze dell'ordine che abbia preso parte all'operazione di fermo. La Corte ha ritenuto che la mancata attribuzione al giudice del potere di acquisire nuovi elementi di valutazione e l'impossibilità a sentire testimoni, non contrasti con il principio di ragionevolezza, in quanto tali prove “si porrebbero in radicale contrasto con i tempi brevissimi entro cui deve svolgersi e concludersi l'udienza di convalida. [...] ove si attribuisse al giudice la facoltà di citare d'ufficio e di esaminare gli ufficiali o gli agenti che hanno eseguito l'arresto [o il fermo] e, dunque, il potere di compiere una attività da qualificare come acquisizione testimoniale, dovrebbe anche prevedersi – a titolo di necessaria attuazione del diritto alla prova – la conseguente ammissione di altri testimoni eventualmente indicati dal pubblico ministero e dalla difesa, snaturando così la struttura e la funzione dell'udienza di convalida, sino all'impossibilità di concluderla nel rispetto dei termini imposti dall'art. 13 Cost..”⁴⁰³. La consulta con questa interpretazione ha abbracciato l'intento del legislatore costituente, il quale ha ritenuto di dare primaria importanza, a tutela della libertà personale dell'internato, al rispetto di tempi stretti rispetto all'esigenza di un contraddittorio più ampio e completo, che rispecchi le stesse garanzie previste per il processo ordinario, tanto più che l'affermazione del diritto all'accesso agli atti ha, almeno sulla carta, ampliato gli spazi del contraddittorio anche nell'udienza di convalida.

⁴⁰³ Corte Cost., 1999, n° 412, in *Dir. Pen. e processo*, 1999, 1501.

4.5 L'ordinanza di convalida.

L'udienza termina con l'emanazione dell'ordinanza con cui il g.i.p. può o convalidare la misura precautelare adottata o non convalidarla, disponendo l'immediata liberazione del soggetto fermato, ex art. 391 co. 6 c.p.p.. Il quarto comma del suddetto articolo stabilisce che si deve procedere a convalida 'quando risulta che l'arresto o il fermo è stato legittimamente eseguito e sono stati osservati i termini previsti dagli art. 386 co. 3 e 391 co. 1', si tratta quindi di un controllo che non investe solo gli aspetti formali della misura, bensì deve essere espressamente indirizzato alla verifica dell' esistenza delle condizioni di legittimità. Alcune dottrina vi affianca anche la necessità che la misura sia ancora “efficace”⁴⁰⁴, non essendo più tale qualora siano stati violati i termini imposti dagli artt. 386 e 390 del codice di rito.

Quindi sia in dottrina che in giurisprudenza appare pacifico che una prima verifica in sede di convalida abbia ad oggetto il rispetto dei termini e la sussistenza dei presupposti formali. La giurisprudenza invece controverte sull'ampiezza del potere di controllo del giudice e sui criteri che devono esser utilizzati per la valutazione. Una volta appurata l'assenza di esplicite indicazioni normative si sviluppano due correnti di pensiero: la prima si basa su un mero controllo ex ante dell'operato della polizia giudiziaria, apparendo già da subito piuttosto riduttivo; la seconda invece tende ad ampliare i poteri di cognizione del giudice determinando come rilevanti tutti gli elementi conosciuti

⁴⁰⁴ Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 504.

o conoscibili attraverso un controllo ex post⁴⁰⁵.

In base al primo orientamento non sarà quindi “consentito al giudice ampliare lo spettro d'indagine attraverso conoscenze acquisite *aliunde*, potendo queste ultime essere utilizzate solamente ai fini delle pronunce successive”⁴⁰⁶. Per chiarezza si fa l'esempio di un soggetto che versi in stato d'incapacità di intendere o di volere e che venga arrestato, in questo caso nonostante l'art. 385 c.p.p. stabilisca l'illegittimità della misura adottata qualora il soggetto risulti incapace, non può sorprendere la decisione del giudice di convalidare la misura qualora, in applicazione di un controllo ex ante, valuti che lo stato di incapacità non era manifestamente chiaro all'agente di polizia al momento dell'arresto ma è 'apparso' in sede di udienza di convalida stante l'acquisizione di documentazione sanitaria⁴⁰⁷. Volendo invece, secondo l'opposto orientamento, applicare anche al giudizio di convalida i principi generali di impronta accusatoria⁴⁰⁸, sembra necessario che il giudice prenda “in considerazione i dati e le circostanze desumibili dal verbale di arresto o di fermo, nonché dai documenti prodotti dalle parti e dall'interrogatorio di cui all'art. 391 co. 3 c.p.p.”⁴⁰⁹, consentendo l'utilizzazione completa di tutti i contributi che il soggetto in vinculis o il suo difensore forniscano in sede di udienza di convalida⁴¹⁰. Per cui nell'esempio precedente si otterrà il risultato

⁴⁰⁵ La Regina Katia, *cit.*, p. 388.

⁴⁰⁶ Cass. Pen., sez. V, 27 marzo 2009, p.m. in proc. Celona, in *C.e.d. Cass.*, n° 243885.

⁴⁰⁷ Cass. Pen., sez. II, 28 settembre 2004, p.m. in proc. Flosco, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 2005, 210.

⁴⁰⁸ Cass. Pen., sez. III, 4 dicembre 1998, Gircineau, in *Cass. Pen.*, 2000, 643.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ Cass. Pen., sez. VI, 16 maggio 1994, Scorsa, *Foro it.*, 1994, II, 576.

opposto e il giudice non potrà convalidare una misura che appare, con le conoscenze ex post, assunta illegittimamente⁴¹¹.

Sembra ovvio preferire quest'ultimo orientamento, in primis perchè il legislatore assume come rilevanti i fattori emersi dopo l'esecuzione della misura precautelare già dall'art. 389, qualora si pone in capo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria l'onere di disporre l'immediata liberazione del fermato qualora a seguito delle indagini e dell'interrogatorio, ex art. 388 c.p.p., risulti 'evidente che l'arresto o il fermo è stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi previsti dalla legge'. In secondo luogo non può trovarsi alcun motivo per cui gli organi inquirenti possano valutare determinati elementi nel periodo che intercorre tra l'adozione della misura e l'udienza di convalida, mentre tale prerogativa è preclusa al giudice, "perchè non sussistono ragioni per operare un trattamento differenziato di conoscenze afferenti alla medesima situazione storico-fattuale a seconda dell'organo chiamato ad effettuare la medesima valutazione ma soprattutto perchè non sembra concepibile che il sistema preordinato al controllo giurisdizionale dell'esercizio di un potere provvisorio ed eccezionale tolleri che il giudice abbia poteri più circoscritti rispetto ad organi che hanno operato in sua sostituzione"⁴¹². Inoltre l'interpretazione restrittiva produrrebbe effetti anche sulla possibilità del soggetto in vinculis di far valere il suo diritto alla riparazione per ingiusta detenzione⁴¹³.

⁴¹¹ Cass. Pen., sez. V, 5 luglio 1993, p.m. in proc. Rinaldi, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1994, 264.

⁴¹² La Regina Katia, *cit.*, p. 391.

⁴¹³ Cass. Pen., sez. IV, 4 maggio 2007, p.m. in proc. Torres, in *C.e.d. Cass.*, n° 237602.

La necessità che il giudice debba operare un controllo ex post emerge anche dalle differenze esistenti tra l'udienza di convalida e il modello a cui la stessa si ispira, ex art. 217 c.p.p., infatti tenendo conto degli interessi coinvolti il legislatore ha esplicitamente ispirato l'incremento delle occasioni offerte alla difesa per influire sulla decisione giudiziale al 'principio di adeguatezza', secondo il quale “le forme del rito debbono adeguarsi alla importanza dei risultati e quindi alla rilevanza delle fattispecie che possono derivarne”⁴¹⁴.

La conferma definitiva della congruità dell'orientamento fin ora descritto arriva infine dalla Corte Costituzionale che, nonostante escluda il potere del giudice di condurre indagini su indicazione della difesa o la possibilità di acquisire d'ufficio contributi chiarificatori della situazione storico-fattuale, ha riconosciuto nell'interrogatorio, nell'audizione del difensore e nell'attività di produzione documentale espletabile nel corso dell'udienza, occasioni per il decidente di ampliare la propria sfera cognitiva anche nell'intento di contestare quanto risulta dal verbale di fermo⁴¹⁵. Un consolidato esempio di controllo ex post del giudice riguarda la capacità, in capo allo stesso, di modificare il *nomen delicti* qualora risulti errata la qualificazione giuridica attribuita al fatto dal pubblico ministero; l'esercizio di tale potere non solo trova fondamento nel principio di legalità⁴¹⁶, ma non contrasta nemmeno con la regola secondo cui la modifica dell'imputazione è atto di competenza esclusiva del pubblico ministero in quanto

⁴¹⁴ Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 153.

⁴¹⁵ Corte Cost., 1999, n° 412, *Dir. pen. e processo*, 1999, 1501.

⁴¹⁶ Cass. Pen., sez. V, 28 novembre 1997, Tamburrini, in *Cass. Pen.*, 1997, 573.

“la qualificazione del reato non contribuisce in alcun modo a definire i limiti vincolativi e preclusivi del *thema decidendum* [...] essendo consentito che nella sentenza il giudice dia al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione. Ebbene, se il principio è che il *nomen delicti* non concorre a determinare gli elementi immutabili dell'oggetto del processo, ciò vuol dire che esso, a differenza degli altri elementi dell'imputazione, non è materia di pertinenza esclusiva del p.m., ma ammette anzi richiede, una delibazione giurisdizionale finalizzata alla verifica della sua corretta enunciazione”⁴¹⁷. Rileva inoltre che il giudizio del g.i.p. non condiziona le fasi successive ma è determinante solo per il provvedimento di convalida, per cui il pubblico ministero potrà sempre esercitare l'azione penale per il reato originariamente contestato⁴¹⁸.

L'ordinanza di convalida, a pena di nullità insanabile, deve essere emanata dallo stesso giudice che ha celebrato l'udienza, in virtù del principio di 'immutabilità del giudice'⁴¹⁹. L'atto in esame per essere legittimo deve essere “congruamente motivato, in modo da consentire la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dal giudice”⁴²⁰ al fine di poterne verificare la correttezza, inoltre “dovrà porre in risalto gli elementi specifici del fatto e concreti

⁴¹⁷ Dean, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, cit., p. 411-412.

⁴¹⁸ Cass. Pen., sez. I, 12 marzo 1990, p.m. in c. Guallemi, in *Giur. it.*, 1990, II, 410.

⁴¹⁹ Tale principio deve “essere esteso a tutte le deliberazioni assunte da un organo giurisdizionale se precedute da attività istruttoria, indipendentemente dalla struttura formale che tali decisioni rivestono in concreto”, Rigo, *La sentenza*, in Spangher (a cura di), *Giudizio, Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in ID. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, 4, tomo II, Torino, 2009, p. 537.

⁴²⁰ Cass. Pen., sez. VI, 17 aprile 2003, Scarpelli, in *Cass. Pen.*, 2004, 3251.

risultanti dagli atti, non essendo a tal fine sufficiente ripetere il contenuto del testo normativo o fare riferimento a vuote formule di stile che, come tali, sono adattabili a qualsivoglia situazione”⁴²¹. La Corte ha inoltre stabilito “che debba essere annullata senza rinvio l'ordinanza di convalida del fermo che si limiti a rimandare *per relationem*, quanto all'esistenza dei gravi indizi di reità, al successivo provvedimento cautelare, allorché anche quest'ultimo abbia adempiuto all'obbligo di motivazione rinviando *per relationem* al precedente provvedimento di convalida del fermo”⁴²².

Perentorio è anche il termine entro il quale il provvedimento di convalida deve essere emanato, sappiamo che nel rispetto dell'art. 13 co. 3 Cost., la decisione deve essere adottata entro quarantotto ore successive al momento in cui il fermato è stato posto a disposizione del giudice. I termini non possono subire compensazioni, è infatti da escludere ineludibilmente che il giudice, per allungare il proprio tempo decisionale, possa utilizzare la parte residua delle quarantotto ore concesse al pubblico ministero⁴²³.

Attualmente per la verifica del rispetto del termine la giurisprudenza si divide su posizioni diverse a seconda che l'ordinanza venga o meno pronunciata all'esito dell'udienza camerale: nel caso in cui l'ordinanza non venga pronunciata all'esito dell'udienza ma venga 'depositata' successivamente, si

⁴²¹ Cass. Pen., sez. V, 22 aprile 2005, Maranzano, in *C.e.d. Cass.*, n° 231897; Cass. Pen., Sez. fer. 30 agosto 1990, Puccinelli, in *Giur. it.*, 1991, II, 128.

⁴²² Cass. Pen., sez. I, 29 aprile 1999, Bollo, *ivi*, 2000, 817, con nota di Inzerillo, *Sulla motivazione del fermo di indiziato di delitto*.

⁴²³ Filippi, *cit.*, p. 319.

ritiene che il rispetto delle quarantotto ore debba comprendere anche l'atto di deposito dato che, si crea una continuità tra l'udienza e il successivo deposito e che quest'ultimo - non essendo atto necessario ma eventuale - non giustificerebbe l'inosservanza di un termine perentorio⁴²⁴; meno rigorosa appare la soluzione prospettata qualora l'ordinanza sia pronunciata al termine dell'udienza di convalida, in tal caso infatti la giurisprudenza appare propensa a considerare come rispettato il termine anche qualora, ad esempio per il protrarsi di un interrogatorio complesso, le quarantotto ore siano superate al momento della pronuncia, in quanto non viola la sostanza dell'art. 13 co. 3 Cost., il riguardo al principio per *ad impossibilia nemo tenetur*⁴²⁵.

Da ultimo la giurisprudenza sostiene che “ai sensi dell'art. 180 c.p.p., le nullità incorse prima dell'udienza di convalida possono essere rilevate e dedotte soltanto prima dei provvedimenti adottati dal giudice”⁴²⁶ e che, qualora le nullità derivino dal non essersi verificate le condizioni ex art. 391 co. 3 c.p.p., le stesse dovranno esser eccepite subito dopo la lettura dell'ordinanza in udienza⁴²⁷.

⁴²⁴ Cass. Pen., sez. VI, 25 novembre 2008, Torcasio, in *C.e.d. Cass.*, n° 242044.

⁴²⁵ Cass. Pen., sez. I, 4 luglio 2001, Mauro, cit., 162.

⁴²⁶ Cass. Pen., sez. I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, in *Cass. Pen.*, 1991, II, n°133, 431.

⁴²⁷ Cass. Pen., sez. VI, 6 dicembre 1989, Centra, in *Arch. Proc. Pen.*, 1990, 610.

4.6 Le impugnazioni.

Contro l'ordinanza emanata dal g.i.p. a conclusione dell'udienza, che convalidi o meno la misura precautelare, è data alle parti la possibilità di ricorrere in Cassazione, ex art. 391 co. 4 c.p.p.. L'impugnazione del fermo trova la propria legittimazione prima che nel codice di rito, nella Costituzione all'art. 111, ove viene stabilito che 'contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge'.

Fin dalla stesura della Carta i costituenti si sono interrogati sulla idoneità di tale strumento, “le più immediate riserve riguardavano sia l'idoneità del ricorso a fornire risposte in tempi congrui sulla legittimità dei provvedimenti, sia l'ambito stabilito nel precetto costituzionale al sindacato, riferito al solo profilo della violazione di legge”⁴²⁸. I dubbi e i limiti sollevati dai costituenti riguardanti la complessa organizzazione e il funzionamento della Corte di Cassazione non hanno intaccato l'evidente necessità di fornire il sistema processuale penale di un mezzo universale di tutela della libertà personale, utilizzabile anche nelle fasi precedenti al processo vero e proprio. Il legislatore ha tradotto questa esigenza nei mezzi d'impugnazione a disposizione del pubblico ministero e del fermato.

L'indipendenza e l'autonomia dei due provvedimenti di cui si può comporre l'ordinanza: la convalida del fermo della polizia

⁴²⁸ E. Marzaduri, *Linee di riforma della impugnazioni de libertate*, 2014, p. 2, dal sito www.penalecontemporaneo.it.

giudiziaria e la disposizione del giudice della misura coercitiva, si riflette anche nel regime delle impugnazioni. Infatti, mentre la convalida della misura precautelare è ricorribile per Cassazione in quanto mira a far accertare l'illegittimità del fermo, il provvedimento cautelare potendo essere revocato o modificato per mancanza dei requisiti che ne rendono legittima l'adozione, seguirà l'iter previsto per i procedimenti de libertate: riesame, appello e ricorso per Cassazione in caso di violazione di legge. Nonostante il legislatore sembra porre una separazione assoluta tra i due procedimenti, non tutta la dottrina segue con consenso tale diversificazione. Secondo una corrente dottrinale “non si potrebbe fare a meno dell'impugnazione congiunta”⁴²⁹ qualora la motivazione del provvedimento cautelare si leghi *per relationem* a quella dell'ordinanza di convalida. Tale interpretazione è stata comunque smentita a più riprese dalla giurisprudenza di Cassazione la quale, trovandosi dinanzi ad un ricorso congiunto di un'ordinanza contenente sia la rifiutata convalida sia il respingimento della richiesta di custodia cautelare del g.i.p., si è pronunciata solo in merito alla convalida trasmettendo invece al tribunale delle libertà, gli atti concernenti la richiesta di applicazione di misure cautelari⁴³⁰.

Sempre la Cassazione ha sottolineato come nella specie del fermo sia “inammissibile la richiesta di riesame dell'ordinanza di convalida”⁴³¹, aggiungendo che “se la richiesta di riesame è

⁴²⁹ C. Gastaldo, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 85, nota 61.

⁴³⁰ Cass. Pen., sez. I, 1 giugno 1992, p.m. in proc. Ruiu, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1992, 774.

⁴³¹ Cass. Pen., sez. V, 13 febbraio 1990, Di Biasi, in *Cass. Pen.*, 1990, II, c. 156, n° 65.

presentata alla cancelleria del tribunale della libertà, non ne è consentita la conversione in ricorso per cassazione atteso che l'istituto della conversione dei mezzi di impugnazione può operare soltanto quando il negozio processuale nullo abbia del negozio valido, nel quale deve convertirsi, tutti i requisiti sostanziali e formali”⁴³², requisiti in tale caso ovviamente assenti.

Come ben espresso dal legislatore all'art. 391 co. 4 del codice di rito, i soggetti legittimati a ricorrere in Cassazione sono il pubblico ministero e il fermato, quest ultimo anche nella persona del difensore, secondo la generale legittimazione ad agire per nome e conto del proprio assistito, ex art. 571 co. 3 c.p.p.. Il *dies a quo* per il deposito del ricorso è quello ordinario di quindici giorni previsto dall'art. 585 co. 1 lett. a) c.p.p., che decorrono dalla lettura del provvedimento in udienza, qualora il fermato vi abbia presenziato o, in assenza, dalla sua comunicazione o notificazione. L'atto deve essere depositato nella cancelleria del giudice *a quo* oppure nella cancelleria del Tribunale o del Giudice di pace del luogo in cui si trovano, qualora questo fosse diverso dal luogo in cui il provvedimento è stato emesso, ex art. 582 co. 2 c.p.p., alle parti è data anche la possibilità di spedire il ricorso tramite servizio postale, art. 583. Infine il soggetto *in vinculis*, per applicazione contestuale di una misura cautelare, potrà depositare il ricorso con atto ricevuto dal Direttore dell'Istituto penitenziario in cui è recluso, come da art. 123 codice di rito. Rispetto alle forme da osservare l'art. 391 richiama il procedimento ordinario del ricorso per Cassazione, così come

⁴³² *Ibidem*.

illustrato dagli artt. 610 e 611 c.p.p., si svolgerà in camera di consiglio. La giurisprudenza sottolinea come, nel caso di ricorso del p.m. contro un'ordinanza di non convalida del fermo, “l'annullamento del provvedimento deve essere senza rinvio al giudice a quo”⁴³³ in quanto oggetto del ricorso è una fase definitivamente perenta, il cui rinvio produrrebbe una mera pronuncia formale priva di significativi effetti giuridici⁴³⁴.

Le parti devono avere un reale interesse – antitetico - all'impugnazione. Secondo la Suprema Corte “l'indagato [...] è sempre portatore di un interesse concreto ed attuale a proporre ricorso per cassazione contro il provvedimento di convalida, anche quando quest'ultimo segua l'applicazione di una misura cautelare, quantomeno in rapporto alla previsione normativa dell'art. 657 c.p.p. (che disciplina la fungibilità della detenzione e della privazione della libertà personale subita senza titolo) ed alla stregua dei principi generali in materia di provvedimenti restrittivi della libertà personale”⁴³⁵, con riguardo alla impossibilità di ricorrere contro un provvedimento di fermo non eseguito in quanto l'impugnabilità richiede che l'atto sia “eseguito o eseguibile”⁴³⁶.

Per il pubblico ministero invece, si ritiene generalmente esistente l'interesse ad impugnare quando sia stata negata la convalida della precautelata, “l'organo dell'accusa può ricorrere anche per

⁴³³ Massimo Brazzi, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Milano, Giuffrè Ed., 2012, p. 191.

⁴³⁴ Cass. Pen., sez. VI, 16 giugno 2010, n° 38676, imp. B., in *Guida al dir.*, 2011, 12, 73.

⁴³⁵ Cass. Pen., sez. I, 2 aprile 1990, Rodia, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1991, p. 122.

⁴³⁶ Cass. Pen., sezioni unite, 11 maggio 1993, imp. Maroni, in *Foro it.*, 1993, II, 609.

evitare che, in tema di fungibilità della detenzione, per eventuali reati precedentemente commessi possa costituirsi un'illegittima riserva di pena conseguente alla privazione della libertà personale senza titolo”⁴³⁷.

Infine i vizi che potranno essere dedotti in Cassazione riguarderanno “esclusivamente l'illegittimità del provvedimento in ordine all'esistenza delle condizioni e dei presupposti per l'adozione della precautelata, nonché i vizi *in procedendo* relativi all'udienza di convalida”⁴³⁸, si potrà quindi ricorrere quando sia sopravvenuta una causa di inefficacia nella fase d'intervento della p.g. o del pubblico ministero, o ancora se è stato illegittimamente differito il colloquio tra la persona fermata e il difensore⁴³⁹. Partendo da questi presupposti la giurisprudenza ha evidenziato i motivi che il ricorso deve essenzialmente contenere affinché sia ammissibile: questi devono “censurare direttamente il processo logico seguito dal giudice per pervenire all'adozione del provvedimento, perchè non è consentito alla Suprema Corte procedere alla valutazione di merito relativa alle condizioni in base alle quali l'arresto o il fermo furono eseguiti dalla polizia giudiziaria”⁴⁴⁰. E' esplicita la decisione del legislatore di escludere un giudizio di merito; tale scelta appare poco coerente con il sistema delle garanzie in tema di libertà personale che pervade la disciplina penalistica, soprattutto sembra irragionevole questa disomogeneità di trattamento se si considera che

⁴³⁷ La Regina, *cit.*, nota 32, p. 425.

⁴³⁸ Brazzi M., *cit.*, p. 190.

⁴³⁹ Cass. Pen., sez. II, 21 marzo 1990, imp. Ghidini, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p. 319, n° 127.

⁴⁴⁰ Cass. Pen., sez. I, 4 ottobre 1991, Lonoce, in *Cass. Pen.*, 1992, 3088.

“l'impugnabilità, anche nel merito, del provvedimento [...] che dispone la convalida del fermo [...] era prevista dall'art. 2, n° 54 della legge-delega del 1974⁴⁴¹. Inoltre una rivalutazione nel merito della vicenda precautelare sarebbe a vantaggio dell'imputato nel riconoscimento dell'esistenza di un diritto alla riparazione per ingiusta detenzione.

Parte della dottrina, ritenendo valida la scelta legislativa, appura che, essendo l'ordinanza di convalida un atto complesso, la relativa azione di accertamento della Cassazione non potrà non essere “vasta e penetrante”⁴⁴². Infatti essendo la motivazione del g.i.p. un'esPLICativa argomentazione, attraverso la precisa narrazione della vicenda, sulla sussistenza o meno dei presupposti legislativi per l'adozione della misura precautelare, sembra più che probabile che la Suprema Corte venga messa in condizione di conoscere i fatti attraverso la lettura del verbale di fermo, in quanto quest'ultimo molte volte è “richiamato *per relationem* nel corpo del provvedimento impugnato”⁴⁴³.

Dunque possiamo dire che, aprendosi uno spazio di cognizione molto ampio, i confini tra controllo sui fatti e controllo sull'accertamento dei fatti diventano così labili da potersi affermare che nella prassi “la Cassazione si occupa del merito quando applica il diritto al fatto”.; Tant'è che i casi pratici in cui si assiste a tale commistione sono all'ordine del giorno, né è un esempio, già precedentemente richiamato, il caso del ricorso presentato dal pubblico ministero contro l'ordinanza che non

⁴⁴¹ La Regina, *cit.*, nota 17, p. 420.

⁴⁴² *Ivi*, p. 421.

⁴⁴³ *Ibidem*.

convalida la misura, in tal caso abbiamo visto come la Suprema Corte annulli senza rinvio, per cui in tal caso a far salva “la valutazione della restrizione precautelare basta la motivazione della Corte e l'inserimento nel dispositivo della formula aggiuntiva *perchè l'arresto è stato effettuato legittimamente*”.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 2007, p.m. in proc. Riaviz, in *C.e.d. Cass.*, n° 236671, in *La Regina*, *cit.*, p. 423.

CONCLUSIONI

Secondo una massima che trovo, non solo veritiera, ma anche particolarmente illuminante, 'la migliore spia del grado di civiltà di un popolo è rappresentata proprio dalla legge del processo penale e dal modo di applicarla'. Ed è con questo spirito che voglio concludere lo studio del fermo di indiziato di delitto.

Ponendo l'accento sulle contraddizioni che ho riscontrato le più importanti delle quali mettono in luce, come nell'evoluzione del sistema giuridico non si sia propriamente abbandonata l'idea e, ahimè, la pratica dell'utilizzo del corpo come strumento. Nonostante infatti, il dolore del corpo non sia più elemento della pena, come lo stesso Foucault sottolinea in *Sorvegliare e punire*, “il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a un'economia di diritti sospesi”. Esempio palese di tale *economia* la troviamo nella trattazione qualora il diritto di difesa, proclamato a gran voce dai costituenti come diritto imprescindibile di un equo processo e che si distacchi dai vecchi modelli incriminatori, assume carattere relativo in sede di esecuzione della misura e di udienza di convalida. La difesa infatti cede il passo alla celerità del procedimento, esigenza quest'ultima che trova la propria spinta legittimante proprio nel più alto principio della libertà personale; libertà però che viene mal tutelata qualora i principi posti a sua difesa vengono limitati dalla stessa esigenza temporale che pare volerla salvaguardare: come se il legislatore, con questo “gioco di limiti”, volesse far mordere al Leviatano la propria stessa coda.

Mi preme poi particolarmente sottolineare come, purtroppo, la totale messa a disposizione delle forze di polizia giudiziaria della persona in *vinculis*, senza che questa possa comunicare con i proprio cari, nè tanto meno col proprio difensore, per un periodo “massimo” di ventiquattro ore, ha dato vita ad abusi, tanto fisici quanto psichici, che hanno segnato le peggiori pagine della cronaca nera del nostro paese. Ed è proprio a queste vicende che dovrebbe guardare il legislatore con occhio critico, rivolto verso la totale eliminazione di un sistema che, in nome della difesa della generale sicurezza e della prevenzione, tollera e in alcuni casi giustifica “un mattatoio” - per dirla alla Hegel! - e che alimenta l'esistenza del “*Doppio Stato*, ove *doppio* sta ad indicare appunto una duplice e ambigua realtà: quella della maschera del diritto, di cui si cerca, per quanto possibile, di serbare le forme, tranquillanti e legittimatrici e, sotto la maschera, quella della forza, della volontà imperscrutabile e invincibile, sottratta ad ogni controllo, di chi detiene il potere e se ne vale proprio per violare il diritto e i diritti. L'apparenza del diritto, insomma, come arma suprema contro la sua verità” - da *J'accuse*, Emile Zola.

Bibliografia

LIBRI

- AA.VV., *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino, Utet, 1977.
- Amato G., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti Civili*, Bologna–Roma, 1977.
- Amato G., D'Andria M., *Organizzazione e funzione della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* a cura di F. Venturi, Torino, 1965.
- Brazzi, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, Milano, Giuffrè Ed., 2012.
- Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 1999.
- Chiavario M., *La riforma del processo penale–Appunti sul nuovo codice*, Torino, Utet, 1990.
- Chiavario M., *Commento al codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1° agg., 1992.
- Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955.
- Conso G., Grevi V., *Compendio di Procedura Penale*, 5° edizione, Cedam, 2010.
- Conti, A. Macchia, *Il nuovo processo penale*, Roma, 1990.
- Cordero F., *Procedura penale, Sec. ed.*, Milano, Giuffrè, 1993.
- Dalia, Ferraioli M., *Manuale di diritto processuale penale*, Terza ed., Padova, Cedam, 2000.
- D'Ambrosio L., Vigna P.L., *La pratica di polizia giudiziaria*,

Quarta ed., Padova, Cedam, 1993.

-Del Pozzo C.U., *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, Utet, 1962.

-De Ruggero G., *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari, 2003.

-Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994.

-Galli, *In tema di "spontanee" dichiarazioni dell'arrestato e del fermato*, Torino, 1975.

-Galli, Siclari, Siena, *Le recenti leggi contro la criminalità*, Vol. II, "Aspetti processuali", a cura di G. Galli, Milano, 1977.

-Gastaldo, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993.

-Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976.

-La Regina K., *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo*, Milano, Cedam, 2011.

-Lattanzi G., Lupo E., *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le relazioni e i lavori preparatori*, II ed., Milano, Giuffrè, 1991.

-Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, VI, Torino, 2004.

-Mantovani F., *Diritto penale, parte generale*, Sec. Ed., Padova, Cedam, 1988.

-Mantovani, *Diritto Penale*, 5°ed., Padova, 2007.

-Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale 3° ed.*, Milano, 2001.

-Moscarini P., *Il fermo degli indiziati di reato*, Milano, Giuffrè, 1981.

- Nappi A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1992.
- Pangallo G.G., *L'arresto e il fermo - Le misure precautelari e il procedimento di convalida*, Forlì, Expert ed., 2007.
- Paulesu P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli Ed., 2009.
- Pisauro G., *Il processo penale e le indagini preliminari*, in Sidoti F. (a cura di), *L'investigazione come scienza*, L'Aquila, 2004.
- Romeo–Talamo, *Documenti storici*, Loescher, Torino, 1966.
- Saitta A., *Costituenti e Costituzioni della Francia moderna*, Einaudi, Torino, 1952.
- Sidoti F., *L'investigazione come scienza*, L'Aquila, 2004.
- Siracusano D., Galati A., Tranchina G., Zappalà E., *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2000.
- Spagnesi E., *Percorsi storici del diritto in Italia. II L'età moderna*, Edizioni Il Campano, Pisa, 2010.
- Taormina C., *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1991.
- Tonini P., *Manuale breve del diritto processuale penale*, Giuffrè Editore, 2008.

ARTICOLI E SAGGI

- Allegri, *L'interrogatorio informale di polizia nei confronti dell'indiziato*, GP, 1981, III.
- Bellavista, voce *Fermo di polizia*, in *Enc. Dir.*, Vol. XVII, Milano, 1968.

- Bilancetti, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, GP, 1989, III.
- Bresciani L, *Libertà personale dell'imputato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII.
- Bresciani, *Fermo*, in *Dig. Delle. Disc. Pen.*, Vol V, Utet, 1991.
- Bronzo, *Ancora precisazioni sull'ambito applicativo dell'art. 27 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2010.
- Cassiba, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. Pen.*, agg. II, Torino, 2004.
- De Leo, *L'intervento del giudice nelle indagini preliminari a garanzia delle libertà e dei diritti patrimoniali dell'indiziato*, in *Giust. Pen.*, 1989, III.
- Di Lalla I., *Notizia di Reato*, in *Dig. Delle Disc. Pen.*, vol. X.
- Esposito, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962.
- Grevi, *Poteri della polizia giudiziaria ed interrogatorio di persone arrestate o fermate*, PD, 1972.
- Grevi, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, GP, 1988, I.
- Grillo, *Arresto in flagranza e fermo: dalla vecchia alla nuova disciplina*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 19901.
- Marzaduri E., *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II.
- Melchionda, *Linee programmatiche del nuovo processo penale italiano*, in *Critica pen.*, 1974.
- Musso R.G., voce *Habeas Corpus*, in *Dig. Disc. Pen.* Vol. VI, Utet, Torino, 1992.
- Nobili, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel*

nuovo codice di procedura penale, FI, 1989, V.

-Nuvolone, *Il pubblico ministero nel quadro della riforma del codice di procedura penale*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1977.

-Pace, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974.

-Rivello, *Commento all'art. 121 disp.att.c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. I.

-Russo, *Prime osservazioni sul fermo di indiziati nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, 1979, III.

-Sabatini, voce *Fermo*, in *Novissimo Dig. It.*, ristampa, Vol. VII, Torino, 1975.

-Salvi, *Rapporti tra la polizia giudiziaria e il pubblico ministero*, in *Giust. Pen.*, 1989, III.

-Saraceni, *Libertà personale ed indagini preliminari*, GP, 1989, III.

-Taormina, *Studi sulla legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale–L'istruzione preliminare*, in *Giust. Pen.*, I, 1974.

-Tracchina, *I rapporti tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, III, 1989.

Sitografia

- Diritto di tutti Giuffrè - <http://dirittoditutti.giuffre.it>
- Edizioni europee - www.edizionieuropee.it
- La nascita della Costituzione - <http://www.nascitacostituzione.it>
- Ministero della Giustizia - <http://www.giustizia.it>
- Normattiva - www.normattiva.it
- Penale contemporaneo – www.penalecontemporaneo.it

Giurisprudenza

- Corte Costituzionale, n°11 del 27-3-1956, GIC 1956.
- Corte Costituzionale, n°30 del 27-3-1962, GIC 1962.
- Corte Costituzionale, n°68 del 30-6-1964, GIC 1964 .
- Corte Costituzionale, 23-01-1980, n° 1.
- Corte Costituzionale, 24-04-1996, n° 131.
- Corte di Cassazione, sez. II, 21-03-1990.
- Corte di Cassazione, sez I, n° 2401, 27-07-1990.
- Corte di Cassazione, sez. V, n° 70, 26-07-1991.
- Corte di Cassazione, sez. I, 22-06-1992, n° 1090.
- Corte di Cassazione, sez. I, 3-08-1992, n° 2998.
- Corte di Cassazione, sez. VI, n° 4603, 26-01-1993.
- Corte di Cassazione, sez. V, sent. 2-02-1993.
- Corte di Cassazione, sez. V, sent. N° 97, 7-04-1993.
- Corte di Cassazione, sez. V, sent. N° 488, 23-05-1997.
- Corte di Cassazione, sez. I, 9-06-1998, n° 3364.
- Corte di Cassazione, sez. III, sent. N° 2401, 9-10-1999.
- Corte di Cassazione, sez. VI, sent. N°246, 14-01-2000.
- Corte di Cassazione, sez. V, 8-04-2001, n° 25322.
- Corte di Cassazione, sez. VI, 12-02-2003, n° 20509.

Ringrazio il prof. Marzaduri per la disponibilità e il prezioso aiuto; la famiglia, tutta, per l'immancabile sostegno. Infine ringrazio gli amici per l'affetto.